

J. rom. m.

61^o

J. rom-m .
61₀

Brillat

(Die Wirksamkeit
der
verjährten Forderungsrechte.

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der Doctorwürde
bei der
juristischen Facultät der Georg-August-Universität
zu Göttingen,
vorgelegt von
Georg Brillat,
Referendar.

Göttingen,
Druck der Univ.-Buchdruckerei von W. Fr. Kästner.
1890.

Meiner teuern Mutter

in Dankbarkeit

gewidmet.

THE NEW YORK PUBLIC LIBRARY

ASTOR LENOX TILDEN FOUNDATION

500 N. 5TH ST.

Die Wirksamkeit der verjährten Forderungsrechte.

jâr unde tac sol êwic dûren.

I.

Es giebt in der ganzen juristischen Litteratur wenig Controversen, denen eine gleiche Aufmerksamkeit von seiten der namhaftesten Gelehrten zugewandt worden wäre, als der Frage nach der Wirkung der Klageverjährung auf Forderungsrechte. Während von der einen Seite die Forderung selbst durch die Verjährung als erloschen betrachtet wird, wird von anderer Seite Fortbestand der Forderung trotz der Verjährung angenommen und der Verjährung nur die Wirkung beigelegt, dass mit ihrer Vollendung dem Gläubiger das Mittel genommen ist, seine Befriedigung klageweise durchzusetzen. Eine Mittelmeinung macht einen Unterschied zwischen den nach dem ältern Recht auf eine gewisse Frist beschränkten Ansprüchen und denen, welche der von Theodosius II. allgemein eingeführten Klageverjährung unterworfen sind. Während bei ersteren das Recht selbst untergeht, sodass ein rechtlich wirksamer Rest nicht mehr übrig bleibt, soll bei letzteren blos in der Klage das Mittel gerichtlicher Verfolgung und erzwingbarer Realisierung verloren gehen, sodass das Recht als klagloses, naturales fortbesteht und sich nach verschiedenen Wirkungen äussern

kann. Der Streit also, den vor 100 Jahren der Satz: *cum actioni praescribitur, naturalis obligatio manet* veranlasste, besteht auch heute noch und eine gemeine Meinung der deutschen Juristen darüber, was in dieser Hinsicht recht und billig ist, hat sich noch nicht gebildet. Wenn auch in der letzten Zeit die Theorie der stärkeren Wirkung als die siegende Partei zu betrachten ist, so treten doch immer wieder entgegengesetzte, oder doch wenigstens abweichende Ansichten auf, wie es auch wiederum auf dem im September vorigen Jahres versammelten XX. deutschen Juristentag bei Gelegenheit der Erörterung über die in den Entwurf des neuen bürgerlichen Gesetzbuchs aufgenommene Anspruchsverjährung deutlich zu Tage trat.

Als eine interessante Erscheinung verdient es erwähnt zu werden, dass bis vor kurzem sich beide Parteien in ihrer äusseren Erscheinung die Wage hielten. Denn nicht nur war die Zahl der Anhänger auf beiden Seiten numerisch ungefähr dieselbe (vgl. Litteraturangabe am Schluss), sondern jede Partei hatte auch in der Reihe ihrer Vertreter Männer, deren ausgebreitete Kenntniss des Rechts und tiefe Forschungsgabe allgemein anerkannt ist. Um so sorgfältiger und gewissenhafter werden wir also die beiden Theorieen mit ihren verschiedenen Schattierungen zu prüfen haben, um für uns selbst zu einem festen Ergebnis zu gelangen.

Es soll vorerst unsere Aufgabe in einer genaueren Erfassung der geschichtlichen Grundlage des Verjährungsinstitutes und seiner Entwicklung bestehen. Sollte sich bei dieser Untersuchung keine innerlich zusammenhängende Entwicklung der Klageverjährung zeigen, vielleicht ein Unterschied zwischen prätorischer und theodosianischer Verjährung¹⁾

1) Es möge gestattet sein, der Kürze halber von prätorischer (älterer) und theodosianischer (neuerer) Klageverjährung zu sprechen,

in ihrem Prinzip, so wird für uns die fernere Frage zu beantworten sein, ob aus dieser Differenz praktische Konsequenzen zu ziehen sind, ob mit andern Worten der mit dem Fristenablauf eintretende Erfolg bei den Fällen der älteren und denen der neueren auch heute noch ein verschiedener ist.

Ursprünglich waren die dem Civilrechte entstammenden Klagen von unbeschränkter Dauer (*actiones perpetuae*). Erst als der Prätor Klagen einzuführen begann und damit Rechte anerkannte, die nach *ius civile* noch nicht bestanden, knüpfte er vielfach die Gewährung dieser Klagen an das Erfordernis, dass sie binnen Jahresfrist geltend gemacht würden¹⁾, und setzte somit von vornherein für die *impetratio actionis* einen *dies ad quem* (*in anno oder intra annum iudicium dabo — intra annum agere permittam — si non plus quam annus est, restituum*). Dieser Bedingung unterlagen die Pönalklagen. An zum Teil noch kürzere Fristen wurden die ädilitischen Klagen gebunden. Als Gründe für diese Beschränkung des Klagrechts pflegt man zu bezeichnen, dass nur neue Thatsachen sicher zu erkennen und zu beurteilen sind, dass der durch die Neuierung ungünstiger Gestellte billiger Weise nicht in zu langer Ungewissheit darüber gelassen werden dürfte, ob der Kläger von dem Rechte, das ihm der Prätor gewährte, Gebrauch machen werde und dass bei dem Verletzten Verzeihung anzunehmen sei, wenn er längere Zeit mit der gerichtlichen Verfolgung zuwartet.

Einen besonderen Zweck hatte die *longi temporis prae-*

obwohl, wie wir unten sehen werden, vor Theodosius II. — genau genommen — eine Klageverjährung überhaupt nicht existiert.

1) pr. J. de perp. et temp. act. 4.12. l. 35 pr. de oblig. et act. 44.7.

scriptio (longae possessionis praescr., diuturni silentii praescr., diutinae possessionis praescr.)¹⁾ gegen speciales in rem actiones. Durch diese sollte ein Besitz von 10 resp. 20 Jahren, wenn er ein iustum initium hatte, geschützt werden. Dieser Verjährung der in rem actiones setzte Constantin dann eine Verjährung von 30 und 40 Jahren zur Seite, falls es dem Besitzer der Sache an Titel oder Redlichkeit fehlen sollte²⁾. Einen sehr erheblichen Schritt weiter that Theodosius II. Er verordnete im Jahre 424, dass mit sehr wenigen Ausnahmen alle Klagen, die bis dahin perpetuae gewesen waren, in 30 Jahren verjähren sollten³⁾. Dadurch wurde die grosse Menge der actiones in personam der Verjährung unterworfen. Zwar erweiterten die Juristen, welche sich mit der allgemeinen Verjährung nicht befreunden konnten, die Zahl der Ausnahmen durch willkürliche Auslegung des Gesetzes. Dem traten aber spätere Kaisergesetze entgegen, zum Teil mit Festsetzung einer mehr als 30jährigen Frist. So ergibt sich denn als Resultat für das Justinianische Recht, dass sämtliche Klagen der Verjährung unterliegen mit Ausnahme der actio fam. erciscundae und actio communi dividundo, insofern sie auf Teilung gerichtet sind, dass ferner die Verjährungsfrist regelmässig 30 Jahre beträgt, für die Hypothekarklage unter Umständen 40 Jahre⁴⁾.

1) 13, 112 D. de div. temp. praescr. 44.3 11 C. de comm. rer. alien. 4.52, 19 D. de div. temp. pr. 44.3.

2) 12 C. Th. de longi temp. praescr. 4.13, 12 C. J. de praescr. 30 vel 40 ann. 7.39.

3) 1. un. C. Theod. de act. cert. temp. fin. 4.14: Sicut in rem speciales, ita ad universitatem ac personales actiones ultra 30 annorum spatium minime protendantur. Mit einer kleinen Abweichung auch in 13 C. J. de pr. 30 vel 40 ann. 7.39.

4) 11 C. de annal. exc. 7.40.

Ein innerer Zusammenhang zwischen allen diesen Bestimmungen dürfte schwer zu finden sein, wenn sich auch nicht leugnen lässt, dass die *longi temporis praescriptio* schon in etwas näherem Verhältnis zu unserem Institut der Klageverjährung erscheint. Die Kluft jedenfalls, die sich zwischen den Annalklagen und der *longi temporis praescriptio* befindet, ist kaum zu überbrücken und lässt uns auf den Gedanken kommen, dass wir es bei der älteren und neueren Klageverjährung mit zwei principiell verschiedenen Instituten zu thun haben. Das Verdienst, hierauf zuerst aufmerksam gemacht zu haben, gebührt — nicht, wie von mancher Seite behauptet wird, schon Donellus (*comment. lib. XVI c. 8 § 21—23*), sondern A. Heinrich Fick (*Dissertatio: Quid intersit, quoad vim temporis in ius exercitam inter exceptionem temporis actionibus perpetuis opponendam et alias quas dicunt temporis praescriptiones*, Marburg. 1847). Später ist dann derselbe Grundgedanke, zum Teil ohne Anknüpfung an Fick, mehrfach¹⁾ entwickelt worden, zuletzt in neuester Zeit von Alexander Grawein (*Verjährung und gesetzliche Befristung* 1880), wenn auch wieder mit teilweiser Abweichung von seinen Vorgängern und der herrschenden Theorie.

Worin besteht denn nun der principielle Gegensatz zwischen älterer und neuerer Verjährung? Darin, dass das ältere und klassische Recht nur die sog. Legalbefristung kennt, dass die Verjährung im wahren Sinne erst im spätern Recht aufkommt.

Die Verschiedenheit dieser beiden Institute vor Augen zu führen, wird vorerst unsere Aufgabe sein.

Der gemeine Sprachgebrauch pflegt überall von Verjährung zu reden, wo ihm Fälle eines zeitlich beschränkten

1) Demelius, *Untersuchung. aus d. röm. Civilrecht I*; Brinz, *Pand.*, 1. Aufl. § 47, 2. Aufl. § 112.

Klagrechts aufstossen. Unbekümmert um die etwaige Verschiedenheit der Ursachen, die den Untergang veranlassen, bringt er in Rücksicht auf die Uebereinstimmung im äusseren Erfolge alles in eine Kategorie, sobald ein Untergang von Rechten an den Ablauf eines vom Gesetz bestimmten Zeitraums geknüpft ist. Und doch können trotz dieser äusseren Identität die Erscheinungen ihrer Natur nach wesentlich verschieden sein. Bei der gesetzlichen Befristung handelt es sich um Rechte von vornherein begrenzter Lebensdauer, sie erlöschen die *veniente* von selbst. Bei der Klagverjährung dagegen bereitet ein nicht in den Rechten selbst liegender, sondern von aussen her einwirkender Umstand ihrem Fortbestande ein Ende. Ist also im ersten Fall der Grund des Untergangs des Rechts der, dass „seine Uhr abgelaufen ist“, d. h. dass die Frist verstrichen ist, in der das Recht existiert, so ist im zweiten Fall die Ursache, warum das Klagrecht untergeht, die Thatsache, dass der Klagberechtigte kontinuierlich unthätig gewesen ist, dass er es unterlassen hat, sein Klagrecht geltend zu machen. Die Frage also, um die es sich jedesmal handelt, ist: in welcher juristischen Form ist die Existenz des Klagrechts von dem Ablauf eines bestimmten Zeitraums abhängig? Ist demselben ein einfacher *dies ad quem* gesetzt, oder ist es die dauernde, völlige Unthätigkeit des Berechtigten, welche die Kraft hat, jenes aus der Welt zu schaffen?

Von der hier entwickelten Theorie weicht Grawein insofern ab, als er bei der Klageverjährung zwar auch in der Unthätigkeit des Berechtigten die rechtsaufhebende Thatsache erblickt, jedoch dieselbe auf die Unterlassung derjenigen Rechtsakte bezieht, welche das positive Recht als Unterbrechungsgründe der Verjährung statuiert, während die herrschende Lehre sie als die Nichtausübung des Rechts

charakterisiert. Grawein begründet seine Ansicht damit, dass es, wenn die Unthätigkeit des Berechtigten wirklich in der Nichtausübung des Rechts bestände, keinen Unterschied geben würde zwischen Klageverjährung und Rechtsbefristung, da bei beiden die charakteristischen Merkmale des Zeitablaufs und der Nichtausübung des Rechts zu finden wären. Er übersieht aber, dass bei der Klageverjährung das Nichtgeltendmachen den Untergang des Rechts bewirkt, während bei der Legalbefristung der Untergang des Rechts die Geltendmachung des Klagrechts ausschliesst. Dort ist das Nichtgeltendmachen des Klagrechts das Primäre, die Ursache und das Erlöschen des Rechts die Folge, hier dagegen umgekehrt.

Diese zwischen Verjährung und Temporalität der Rechte obwaltende begriffliche Differenz tritt uns, wie schon oben angedeutet, praktisch entgegen in der theodosianischen Klageverjährung und den Zeitbeschränkungen, welche sich für gewisse Klagrechte im früheren Rechte finden. Nach den klaren Aussprüchen der Kaiserkonstitutionen¹⁾ liegt die juristische causa der Klageverjährung in dem Verhalten des Berechtigten, der es versäumt hat, zur rechten Zeit rührig zu sein und von seinem Klagrecht Gebrauch zu machen; dieser der Existenz des Forderungsrechtes selbständig gegenüberstehende Umstand, das Stillschweigen des Berechtigten, ist die Ursache des Wegfalls der actio. Anders bei den prätorischen actiones temporales. Hier handelt es sich um ein Recht, das nur auf bestimmte Zeit gegeben ist, es existiert überhaupt nur innerhalb der Zeit. Ist der Endpunkt da, so fällt es weg, nicht wegen Unthätigkeit oder

1) Es finden sich die Ausdrücke: *triginta annorum silentium*, *diuturnum silentium*, *iuge silentium*, *iugis taciturnitas*. Vgl. z. B. 13 C. de pr. 30 vel 40 ann. 7.39; 11 C. de commun. rer. alien. 4.52; 15 C. de pr. long. temp. 7.33; 10 C. de acq. poss. 7.32.

sonst eines hinzutretenden Umstandes, sondern eben weil mit dem Eintritt dieses Zeitpunktes seine Lebensfrist verstrichen ist. Wie natürlich und selbstverständlich dieser Vorgang, zeigt uns ein Blick auf die Entstehung der *actiones temporales*. Der Prätor gab die Klagen und erkannte somit neue Rechte an. In seinem Belieben lag es, ihnen den Lebensfaden zuzumessen. Selbstverständlich kam dem Prätor diese Befugnis nicht zu, bei Rechten, denen er nicht das Dasein verliehen hatte, die vielmehr ihre rechtliche Grundlage im Civilrechte hatten.

Bei allen vortheodosianischen Fällen zeitlich begrenzter Klagrechte erscheint die beschränkte Dauer als eine Folge der beschränkten Dauer des Rechts, was wir bei Demelius für jeden einzelnen Fall aufs eingehendste nachgewiesen finden. So ist es z. B. in betreff der *actiones poenales* wohl kaum anzunehmen, dass ein Verletzter erst nach längerer Zeit auf Sühnecedanken kommt. Soll das gerichtliche Vorgehen des Beleidigten wirklich als Ausfluss gekränkten Rechtsgefühls erscheinen, so muss es alsbald nach dem Angriff statthaben. Je längere Zeit verflossen, um so mehr wird der Rachesinn als erloschen zu betrachten sein. Es liegt somit die Ursache der Zeitlichkeit bei den Pönalklagen in ihrer Natur; bei andern Klagen, wie z. B. bei den ädilitischen Klagen, war das Bestreben, die Abweichung vom civilen Recht durch Setzung eines Endtermins nach Möglichkeit zu mindern.

Nirgends bei den Annalklagen ist der Rechtsgedanke zu finden, dass das Klagrecht wegen dauernder Unthätigkeit des Berechtigten zu Grunde geht; vielmehr erklärt sich überall die gesetzte Schranke aus der eigentümlichen, inneren Natur des betreffenden Rechts. Da es nun mannigfache Gründe sind, die dazu führen, das Recht zeitlich einzugrenzen, so lässt sich daraus ersehen, wie irrig jene

Meinung (Puchta, Institut. § 208) ist, welche die Motive der alten Temporalität der Klagen stets in allgemeinen rechtspolizeilichen Rücksichten sucht. Man konnte eben zu dieser Ansicht nur kommen, wenn man die alte Annalität als eine Anwendung des später zur allgemeinen Geltung gelangten Instituts der Klageverjährung auffasste.

In nicht so schroffem Gegensatz wie die *actiones temporales* steht zu dem Institut der Klageverjährung die *longi temporis praescriptio*. Zwar ist sie keineswegs schon in das Gebiet der Klageverjährung zu verweisen, da man sie als Ersitzung aufzufassen und ihre eigentliche juristische causa in der *per longum tempus continuatio possessionis* zu suchen hat; doch dürfen wir nicht leugnen, dass sich bei ihr schon leise das Moment der Unthätigkeit des Berechtigten und andererseits die Thätigkeit auf Seite des Besitzers bemerkbar macht, wie auch natürlich, da sich der fortgesetzte ungestörte Besitz auf der einen Seite ohne das passive Verhalten auf der andern kaum denken lässt. Jedenfalls ist und bleibt das prävalierende Moment immer die *longa possessio*, erst in zweiter Linie steht die Lässigkeit auf der berechtigten Seite. Dies ist denn aber auch der Grund, warum wir berechtigt sind, in diesem Institut die Anfänge der Klageverjährung zu erblicken; dabei dürfen wir uns dann nicht der Erkenntnis verschliessen, dass, wie die Verjährung der Eigentumsklage im Zusammenhang mit der Ersitzungsidee steht, auch das Institut der Klageverjährung hier seinen ersten Anschluss findet und somit aus ihr sich allmählich herausgebildet hat, worauf wir unten noch einmal kommen werden.

Etwas weiter ging Constantin in der *praescriptio 30 vel 40 annorum*, wenn auch bei ihr das Hauptgewicht zunächst noch in der Thatsache des Besitzes lag. Es wurde bei ihr kein rechtmässiger Besitz, wie bei der *praescriptio longi*

temporis, gefordert, vielmehr genügte es, 30 Jahre lang besessen zu haben, ohne dass der zur Vindikation Berechtigte Einspruch erhoben hatte. Dabei musste mit der Zeit das Hauptgewicht in den letzteren Umstand, in die Unthätigkeit des Berechtigten, verlegt werden. Damit war die Ausdehnung der Verjährbarkeit auf andere Klagen, namentlich auf die Erbschaftsklage und die actiones in personam angebahnt. Theodosius hat dies ausgeführt und eine allgemeine Klageverjährung aufgestellt, die ihr Hauptmoment in dem kontinuierlich unthätigen Verhalten des Berechtigten hatte.

Das Resultat, das wir aus obiger historischer Entwicklung erlangen, ist für uns, dass wir es bei der älteren und neueren Verjährung mit zwei Instituten zu thun haben, die in ihrem Princip verschieden die Zurückführung auf den nämlichen Rechtsgedanken nicht gestatten. Dieses Ergebnis stellt uns nun, wie schon oben eingangs angedeutet, vor die weitere Frage, ob diese Verschiedenheit noch heute fortbesteht.

Donellus (comment. de iur. civ. lib. XVI c. 8 §§ 21, 22 und lib. XXII c. 2 § 18) soll nach der Ansicht Mancher in betreff der Wirkungen eine Verschiedenheit dahin konstatiert haben, dass bei jener der völlige Untergang des Rechts, bei dieser aber das Zurückbleiben einer Naturalobligation anzunehmen sei. Dem aber können wir nicht beistimmen. Wenn er wirklich in der älteren Verjährung ausschliesslich eine gesetzliche Befristung erblickt hätte, so hätte er unter keinen Umständen hier von der Möglichkeit einer Unterbrechung sprechen können, die er aber ausdrücklich nach lib. XVI cap. 8 § 23 zulassen will.

Donellus findet den Unterschied nur darin, dass dort die Klagen ipso iure, hier aber ope exceptionis erlöschen. Allein auch per exceptionem kann die Verbindlichkeit voll-

kommen aufgehoben werden. Ferner erlöschen keineswegs die Temporalklagen sämtlich ipso iure, vielmehr erwähnen die Quellen¹⁾ mehrfach eine annua exceptio und sex mensium exceptio.

Den Unterschied zwischen Legalbefristung und eigentlicher Verjährung und mithin einer stärkeren Wirkung der älteren und einer schwächeren der jüngeren Klageverjährung machen erst die oben genannten Schriftsteller Fick (a. a. O. S. 46), Demelius (a. a. O. S. 64) und Brinz (a. a. O. S. 164). Der Ansicht aber, dass damit ein Unterschied in der Wirkung der Klagverjährung auf das Recht verknüpft sei, können wir uns nun nicht anschliessen. In betreff des Erfolges der älteren Verjährung wissen wir aus mannigfachen Quellenstellen bestimmt, dass sie die stärkere Wirkung äusserte, das Recht also vollständig aufhob; bei der neueren Klageverjährung fehlt eine Entscheidung hierüber; es finden sich nur einzelne Andeutungen, aus denen mit Sicherheit ein Schluss nicht gezogen werden kann. Sollte es da nicht ratsam sein, auf jene alten Bestimmungen zurückzugreifen, zumal da wir wissen, dass Theodosius II. und seine Nachfolger bei Einführung der allgemeinen Klageverjährung sich über den principiellen Unterschied zwischen dem Endtermin einer Klage und ihrem Verlust durch langjährige Unthätigkeit keineswegs klar gewesen sind? Indem man

1) l 30 § 5 D. de pecul. 15.1.

l 1 § 10 D. quando de pec. 15.2.

l 15 § 5 D. quod vi aut clam 43.24.

l 5 C. Quib. ex caus. mai. 2.53.

l 48 § 2 D. de aedil. edict. 21.1.

Ausser Donellus nehmen noch andere z. B. Schröter, in comment. de temporis vi in actionibus et interdictis tollendis p. 6 u. Schweppe, röm. Privatr. I S. 377 bei den Temporalklagen Aufhebung des Klagrechts ipso iure an.

nach der Verjährbarkeit aller Klagen verlangte, hatte man den Effekt der alten Temporalklagen im Auge, ohne sich dabei bewusst zu werden, welch' innerer Grund einst für ihre zeitliche Beschränkung massgebend gewesen war. Dieselbe rechtliche Wirkung wollte man bei allen Klagen, und so musste es dahin kommen, dass man die neue eigentliche Klageverjährung gar nicht als etwas grundsätzlich Neues ansah, sondern einfach als Verallgemeinerung der Temporalität auffasste. Da diese die stärkere Wirkung gehabt hatte, so ist es höchst unwahrscheinlich, dass die neue Verjährung auf die schwächere reducirt werden sollte. Ganz rätselhaft aber würde es bleiben, dass die Constitutionen dieser veränderten Wirkung der neuen Verjährung mit keiner Silbe Erwähnung thun. Lehrt doch die Erfahrung, dass die Kaiser das Recht nie änderten, ohne die Aenderung ausdrücklich hervorzuheben. Fehlt nun aber jede Andeutung, so ist wohl Raum für die Vermutung, dass nichts geändert sei. Es ist somit die Annahme gerechtfertigt, dass die jüngere Verjährung die Wirkung der alten hat, zumal wir auch in l 4 C. de praescr. 30 vel 40 ann. 7.39. eine unmittelbare Zusammenstellung derselben mit der älteren Verjährung und eine ausdrückliche Bestätigung dieser letzteren in ihrem robur d. h. in ihrer Wirkung auf die obligatio finden:

. . . . cunctas quidem temporales exceptiones, quae ex vetere iure vel ex principalibus decretis descendunt, tamquam si per hanc legem specialiter ac nominatim fuissent enumeratae, cum suo robore durare et suum cunctis, quibus competunt vel in posterum competere valuerint, pro suo videlicet tenore praesidium in perpetuum deferre decernimus.

Diese Worte bestätigen also unsere Annahme aufs nachdrücklichste: Noch zur Kaiserzeit kommt den Tem-

poralexceptionen die alte Wirkung zu und die nämliche haftet auch den ex principalibus decretis stammenden Verjährungseinreden an. Was sich nun für uns daraus ergibt, ist, dass wir alle jene Stellen, die von der rechtlichen Wirkung der älteren Verjährung handeln, auch als Belege für die Wirkung der jüngeren betrachten können, da, wenn auch in dogmatischer Beziehung die beiden Institute wohl auseinanderzuhalten sind, in praktischer Hinsicht, also betreff ihres Effekts, eine Differenz sich nicht ergibt.

Die folgende Untersuchung wird in drei Teile zerfallen. Im ersten wird Erörterung finden, was wir von der Wirkung des Zeitablaufs aus älterer Zeit wissen, im zweiten, was die neuere Zeit darüber bestimmt hat; in einem dritten sollen einige (indirekte) Beweise für die stärkere Wirkung, die sich zugleich auf ältere und neuere Klageverjährung beziehen, zur Darstellung kommen. Den Schluss wird die Untersuchung darüber bilden, wie sich die Praxis zu unserer Frage stellt.

II.

Schon aus unseren obigen historischen Betrachtungen ergibt sich, wie die Frage nach der Wirkung der älteren Klageverjährung zu beantworten ist. Wie wir gesehen, führte der Prätor Klagen ein, für die bis dahin ein Recht nicht bestanden hatte. Erst die Klage gab dem Rechte seinen Bestand. War nun die als Grundlage für das Recht dienende actio nur auf bestimmte Zeit gegeben, so existierte gerade auch nur für diese Zeit eine rechtliche causa solvendi. Das Recht fällt mit der actio zusammen. Das Uebrigbleiben eines auch nur abgeschwächten Rechts ist dabei undenkbar. Wie sollte sich dieses denn auch äussern? Zwar sagt man, als naturalis obligatio. Ist dies anzunehmen? Wohl kaum. Die prätorische Klageverjährung geht

in verhältnismässig frühe Zeit zurück. Die Fixierung des Begriffs der *naturalis obligatio* aber ist in eine spätere Zeit zu verlegen, keinesfalls reichen die Anfänge über den Beginn der Kaiserzeit zurück. Gab es doch zur Zeit, wo das *ius honorarium* geschaffen wurde, die augenfälligste von allen möglichen Wirkungen der Naturalobligation, die Compensationseinrede, überhaupt noch nicht, sondern nur die bei *bonae fidei iudicia ipso iure* stattfindende Beschränkung des Anspruchs durch den Gegenanspruch. Dass demnach von *naturalis obligatio* bei der prätorischen Klageverjährung — wenigstens für die ältere Zeit — nicht gesprochen werden darf, liegt klar auf der Hand. Der Mangel eines Residuums ergibt sich aber auch aus dem ganzen Wesen der prätorischen Annalklagen. Hatte der Prätor der Vermutung Raum gegeben, dass nach Jahresfrist ein Verletzter keine Rachegedanken mehr haben konnte und demnach die Pönalklage mit dem Ablauf des *annus* erlöschen lassen, so wäre es doch widersprechend gewesen, wenn er nach Untergang der Klage es hätte zulassen wollen, dass auf einem andern rechtlichen Wege die *obligatio* sich bethätigte. Ebenso würde es zu einem Widerspruch führen, wenn nach Erlöschen der *actio de peculio* der Gewalthaber noch irgendwie indirekt zur Haftung angehalten werden könnte. Hatte mit dem Tode oder der Emancipation des Unterworfenen dessen *peculium* aufgehört zu existieren, so hatte nichtsdestoweniger der Prätor aus Billigkeitsgründen die *obligatio* des gewesenen Gewalthabers als noch fortbestehend angenommen, zwar nicht in *infinitum*, sondern nur auf ein Jahr. Mit Ablauf desselben aber sollte eintreten, was nur künstlich hinausgeschoben war, was der Logik des Rechts nach schon mit dem Momente des das Gewaltverhältnis lösenden Ereignisses erfolgen musste, der Wegfall der Haftpflicht des Herrn. Es erlosch nun die *obligatio*

des Gewalthabers ganz ebenso, wie sie vor Aufstellung der *actio annalis* mit dem faktischen Aufhören des *peculium* erloschen war. Ebenso wie hier niemand behaupten wird, dass der Untergang des *peculium* nicht alle auf das einstige Gewaltverhältnis bezügliche Fragen aus der Welt geschafft habe, wird man auch dort nicht annehmen können, dass die *obligatio* indirekt sich noch *ultra annum* wirksam zeige, da der Vorgang ganz derselbe ist, nur ein Jahr später. Dem entsprechend entscheiden auch die Quellen, so 1 1 § 3 D. *quando de pec. act. ann. est* 15.2:

Merito autem temporariam in hoc casu fecit praetor actionem, nam cum morte vel alienatione extinguitur peculium, sufficebat usque ad annum produci obligationem.

und ähnlich 1 21 § 2 D. *de fidej.* 46.1:

Servo tuo pecuniam credidi, eum tu manumisisti, deinde eundem fideiussorem accepi. si quidem in eam obligationem fideiubeat, quae adversus te intra annum sit, obligari eum ait, sin vero in naturalem suam potius ut nihil agatur.

Auch diese Stelle lässt die Annahme einer über das Jahr hinausdauernden *obligatio naturalis* des *dominus* nicht zu. Offenbar weiss man nichts von einer Verpflichtung desselben, für welche nach dem Ablauf des Jahres ein *Fidejussor* bestellt werden könnte.

Hiebei dürfen wir überhaupt nicht aus dem Auge lassen, dass die Bezeichnung eines bestimmten Verhältnisses als *Naturalobligation* uns über die rechtlichen Funktionen dieses Verhältnisses noch gar keinen Aufschluss giebt. Denn anerkanntermassen ist die individuelle Wirksamkeit der einzelnen *Naturalobligationen* bald eine weitere, bald eine beschränktere. Zwar gilt nach der negativen Seite hin als Regel das Fehlen der Klagbarkeit, doch lässt sich die

rechtliche Bedeutung der natürlichen Verbindlichkeit nach der positiven Seite hin nicht durch eine allen Fällen gemeinsame Regel bestimmen, vielmehr muss für eine jede ihr rechtlicher Inhalt besonders festgestellt werden. Wir sind also keineswegs berechtigt, aus dem Vorhandensein einer Wirkung auf den Eintritt aller übrigen möglichen Wirkungen zu schliessen. Wäre dies berücksichtigt worden, so hätte in betreff unserer Frage der Gegensatz zwischen der „absoluten“ und „relativen“ Theorie niemals ein so schroffer werden können. In Anbetracht alles dessen dürfte es also geraten sein, aus den Quellen zu erheben, ob und in welcher Weise eine obligatio nach Vollendung der Präskriptionsfrist sich bethätigt.

Auf die Quellenstellen, die ihrem Wortausdruck nach auf Aufhebung der Obligation gehen, dürfte nicht allzugrosses Gewicht gelegt werden, da es auch den Gegnern nicht schwer fällt, eine Anzahl von Stellen für ihre Ansicht beizubringen. So reden:

- a. einige von „finit obligationem“ (1 6 D. de oblig. 44.7) „causa, res, quae certo tempore finitur“ (1 8 pr. de neg. 3.5; 1 1 § 7 de contr. tut. et util. act. 27.4) „tempore liberari“, „debitor liberatus“ (1 9 § 3 de iureiur. 12.2; 1 3 § 1 quae in fr. cred. 42.8; 1 45 de adm. et per. tut. 26.7; 1 25 § 2 de her. pet. 5.3; 1 1 § 21 de ventre 37.9; 1 10 pr. si quis caut. 2.11; 1 24 de mort. caus. don. 39.6; 1 1 § 4 de muner. 50.4 u. s. w.);
- b. andere dagegen von „actio, cuius dies exiit“, „actionis dies exiit“, „abiit“ (1 4 pr. ne quis 2.7; 1 1 § 1 1 21 pr. 1 23 § 3 ex quib. caus. 4.6; 1 28 § 4 de iud. 5.1; 1 10 quod fal. 27.6; 1 1 § 7 si quid in fraud. 38.5; 1 51 (49) pr. ad sc. Treb. 36.1; 1 29 de nov. 46.2; 1 3 de fer. 2.12) „actionem perimere“, „actio, quae tem-

pore perit“, „intercidit“, „finitur“ (l 1 § 2 de fer. 2.12; l 1 § 6 de dol. mal. 4.3; l 1 § 1 de in r. vers. 15.3; l 2 de div. temp. praescr. 44.3; l 49 de her. pet. 5.3; l 24 de lib. caus. 40.12; l 14 pr. de reb. auct. jud. 42.5; l 139 pr. de reg. iur. 50.17).

Dieser Widerspruch in den Ausdrücken dürfte es also nicht als thunlich erscheinen lassen, in den für unsere Ansicht sprechenden Stellen einen vollkommen entscheidenden Beweis zu sehen. Trotzdem glaubt Dahn hierin eine sichere Stütze zu finden. Nach seiner Ansicht sind die Stellen, in denen von der Aufhebung der actio gesprochen wird, in keiner Weise massgebend, da oft in den Quellen actio für obligatio gebraucht würde; nicht aber dürfte umgekehrt obligatio für actio stehen, denn actio non extra obligationem, sed obligatio extra actionem. Dem können wir nicht vollständig beistimmen. Allerdings, da das Klagrecht der wesentlichste Bestandtheil der obligatio und der Zusammenhang zwischen persönlicher Klage und persönlichem Recht ein so naher ist, dass das letztere ohne die erstere gar nicht gedacht werden kann, so sprechen die Quellen oft, wenn sie die ganze Obligation bezeichnen wollen, von actio ¹⁾. Die von dem Erlöschen der Klage redenden Stellen beweisen also nichts für die entgegengesetzte Ansicht, aber ebensowenig die Stellen, die von dem Untergang der Obligation sprechen, für die unsrige. Denn bei der zwischen

1) Z. B. l 3 pr. de bon. poss. 37.1.

l 10, l 49, l 91 de verb. sign. 50.16.

l 5 § 1 de pr. verb. act. 19.5.

l 1 § 3 quando de pec. 15.2.

l 59 de leg. III.

l 43 de us. et usufr. 33.2.

l 34 pr. de aur. arg. 34.2. u. a.

actio und obligatio bestehenden Verwandtschaft ist es keineswegs ausgeschlossen, dass auch obligatio für actio gebraucht werden kann. Der Satz, auf den sich Dahn beruft, ist nicht richtig. Die obligatio ist nicht „extra actionem“, vielmehr mit der actio ein und dasselbe. Das Recht der Forderung ist nach römischer Auffassung das Recht, die Forderung actione geltend zu machen. Die Römer mit ihrer auf das Praktische gerichteten Anschauung erfassten das Recht als das in Bewegung und Thätigkeit gesetzte und stellten sich unter demselben oft nur die Möglichkeit zu klagen vor, sodass ihnen „ein Recht haben“ dasselbe bedeutete, wie „eine Klage haben“. Dafür, dass ebenso wie actio für obligatio, obligatio für actio gebraucht wird, finden sich in den Quellen Beweise¹⁾, wie es auch mannigfache Stellen giebt, in denen actio und obligatio in gleicher Bedeutung sogar unmittelbar neben einander vorkommen²⁾.

Ebenso werden jene Stellen für keine der beiden Ansichten von Belang sein, in denen der Ausdruck „tempore liberari“ vorkommt. Zwar will Heimbach (Zeitschrift f. Civilr. u. Proz. I) ihn als starken Beweis für unsere Meinung angesehen wissen, und es gestehen selbst von den Gegnern Unterholzner (Schuldverhältnisse I S. 530) und Keller (Pand. I S. 211) zu, dass dieser Ausdruck eine völlige Befreiung, bei der nicht einmal eine natürliche Schuldverpflichtung übrig bleibt, anzudeuten scheint. Doch dürften wir demselben kein besonderes Gewicht beilegen,

1) Z. B. 1 7 § 4 de pact. 2.14.

1 21 § 2 de fidei. 46.1.

1 2 § 8 de her. vel act. vend. 18.4.

1 21 de verb. sign. 50.16 u. a.

2) Z. B. 1 8 § 11 ad sc. Vellei. 16.1.

1 10 de act. emt. vend. 19.1.

1 7 § 1 de cap. min. 4.5.

da er in seiner Vieldeutigkeit möglicherweise ausser der Klageverjährung auch die Prozessverjährung oder den durch die *lex Furia* bestimmten Untergang der Bürgschaften durch zweijährige Dauer bezeichnen kann. Die Wort-Interpretation solcher Stellen ist also unsicher; sie sind daher, wenn überhaupt, mit der grössten Vorsicht als Belege für unsere Ansicht zu gebrauchen.

Ist so aus den Ausdrücken weder für die eine noch für die andere Meinung ein Argument mit Sicherheit herzuleiten, so lassen sich einige Quellenzeugnisse beibringen, welche der Ansicht vollständig zuwider sind, dass eine verjährte Forderung nur in betreff der *actio* vernichtet sei, als blos *naturales* Recht noch alle sonst möglichen Wirkungen haben könne. Diese Zeugnisse sind nun zu erörtern und auf Grund der in ihnen für einzelne Fälle gegebenen Entscheidungen die Existenz und der Umfang der *obligatio* nach Ablauf der Präskriptionsfrist zu bestimmen.

Betrachten wir zunächst, wie es mit *constitutum*, *pignus* und *fideiussio* nach eingetretener Verjährung bestellt ist.

Bekanntlich ist das Vorhandensein einer Schuld wesentliche Grundlage und Voraussetzung für das *pactum de pecunia constituta*. Und zwar ist nicht allein die *civilis obligatio*, sondern auch die *naturalis obligatio* eine genügende Basis für ein giltiges *Constitutum* nach l 1 § 7 und 8 de pec. const. 13.5.

Würde demgemäss nach verjährter Klage eine *naturalis obligatio* übrig bleiben, so müsste für dieselbe wirksam ein *Constitutum* eingegangen werden können. Dem aber steht entgegen l 18 § 1 de pec. const. 13.5. (Ulpianus):

Quod adicitur: eamque pecuniam cum constituebatur debitam fuisse, interpretationem pleniorē exigit. nam primum illud efficit, ut, si quid tunc debitum

fuit cum constitueretur, nunc non sit, nihilominus teneat constitutum, quia retrorsum se actio refert. proinde temporali actione obligatum constituendo Celsus et Julianus scribunt teneri debere, licet post constitutum dies temporalis actionis exierit. quare et si post tempus obligationis se soluturum constituerit, adhuc idem Julianus putat, quoniam eo tempore constituit, quo erat obligatio, licet in id tempus quo non tenebatur.

Nach dieser Stelle setzt also das constitutum zu seiner Entstehung zwar eine Hauptschuld voraus, aber nachher ist es unabhängig von dieser und kann nach deren Aufhebung (für den Fall, dass der Gläubiger keine Befriedigung [satisfactio] erhalten hat) selbständig fortbestehen¹⁾. Dies wird konsequent angewendet auf die temporalis actio, wo ebenfalls das constitutum selbständig fortdauert, wenn auch das debitum aus der principalen Obligation nicht mehr existiert. Dasselbe ist der Fall, wenn jemand eine auf eine bestimmte Zeit beschränkte Schuld nach dieser Zeit zu zahlen versprochen hat. Dass die Zahlung erst zu der Zeit erfolgen soll, wo die obligatio bereits aufgehört hat, schwächt die Kraft des constitutum nicht, quoniam eo tempore constituerit, quo erat obligatus. Daraus ist nun vermöge eines argumentum a contrario der Satz zu abstrahieren, dass, wenn das constitutum erst nach Ablauf der Verjährungsfrist, also tempore, quo non est obligatio, geschlossen wird, dasselbe unwirksam ist, da es an dem debitum fehlt. Und ebenso ist hieraus auch die Verwerfung der Naturalobligation nach verjährter Klage zu folgern. Denn bestände dieselbe, so wäre sie allein der Grund des Fortbestehens des

1) Vgl. Ant. Faber Rational. in pand. ad l 18 § 1 D. de pec. const. 13.5. und Duarenus in comment. ad h. tit. cap. 2 pag. 930.

constitutum und der von Ulpian angeführte Grund überflüssig, ja verkehrt, da er uns doch die *temporalis actio* als Beleg für seine eben angeführte allgemeine Regel geben wollte, nach der das *constitutum* fortbestehen kann auch nach erloschener Hauptschuld, also ohne Anlehnung an eine *naturalis obligatio*.

Diese Konsequenzen werden auch von den Gegnern zugegeben, doch suchen sie ihnen dadurch zu entgehen, dass sie die Anwendbarkeit unserer Stelle auf die Klageverjährung bestreiten. So Savigny (System d. heut. röm. R. V S. 401—402), welcher behauptet, dass, wenn man die Stelle von der Verjährung verstehe, Ulpian sich halb für die eine, halb für die andere Meinung entscheide. Man müsse aber aus sprachlichen Rücksichten annehmen, dass die Stelle ursprünglich vom Ablauf der Frist der *lex Furia* gehandelt habe und später durch Interpolation von Ausdrücken wie „*temporalis actio*“ verdunkelt sei. Unterholzner (Verjährung II S. 298), auch Puchta (Vorl. I Beil. VI), und vor ihnen schon Sommer (Rechtswissenschaftl. Abhandl. I S. 19), der sonst ein Verteidiger der stärkeren Wirkung der Klageverjährung ist, glauben, dass die Stelle nur von Fällen mit vertragsmässig festgesetzter Zeit zu verstehen sei. Diese Erklärungen sind aber zum mindesten gesucht und willkürlich, sodass es zu gewagt wäre, ihnen beizutreten. Bedarf es zur Interpretation von Gesetzen Voraussetzungen, die mit keinem Worte erwähnt sind und auch von selbst nicht hervorgehen, so beweist dies allein schon die Unhaltbarkeit der auf diese Weise gewonnenen Resultate. Der Fall der *lex Furia* ist zu singulär, als dass er sich mit dem ganzen Wortlaut, der offenbar auf ein viel allgemeineres Institut abzielt, vereinbaren liesse, und die Behauptung, dass die *temporalis actio* erst durch die Compileren in unsere *lex* eingeschoben sei, steht beweislos da. Dass auch aus den

Ausdrücken „post tempus obligationis“ und „eo tempore constituit, quo erat obligatio“, sowie aus dem Wechsel der Ausdrücke „actio“ und „obligatio“ nichts gegen unsere Annahme zu entnehmen ist, geht aus früheren Ausführungen hervor und ist noch besonders in betreff unserer Stelle von Demelius (a. a. O. S. 75) nachgewiesen worden. Ebenso dürfte die von Sommer, Unterholzner und Puchta gewählte Interpretation uns nicht befriedigen, nach welcher die ganze Stelle von einer obligatio in diem constituta handle. Sehen wir einmal davon ab, dass wir, wenn die l 18 cit. sich wirklich auf eine befristete Obligation bezöge, berechtigt wären, daraus einen analogen Schluss auf die Klageverjährung zu ziehen, da wir nach unseren Ausführungen im einleitenden ersten Teil bei der älteren Klageverjährung mit nichts anderem als von vornherein mit einem dies ad quem versehenen actiones zu thun haben — sehen wir einmal hiervon ab, so ist doch die Stelle nicht von einer obligatio ad tempus zu verstehen. Denn dieser Fall wird zum Schluss noch ausdrücklich erwähnt: quare et si post tempus obligationis se soluturum constituerit. Sollen wir also annehmen, dass Ulpian den nämlichen Fall zweimal unmittelbar hintereinander mit verschiedenen Worten hat ausdrücken wollen? Wir haben mithin keinen Grund, die logisch wie juristisch vollkommen klaren Worte Ulpians nicht auf die Klageverjährung zu beziehen, und dürfen dabei auch nicht fürchten, uns der Inkonsequenz schuldig zu machen, welchen Vorwurf Savigny allerdings unserer Ansicht macht, wenn sie ein constitutum nach eingetretener Verjährung neu nicht begründen, wohl aber das alte, vor Eintritt der Verjährung geschlossene fortbestehen lässt. Letzteres müsse dann seinen Grund in der Fortdauer der naturalis obligatio haben, sodass wir uns also halb für die absolute, halb für die relative Theorie entscheiden. Dieses ist aber nicht der

Fall. Der Grund der Fortdauer des *constitutum* liegt nicht in der Existenz der *naturalis obligatio*, sondern in der Eigentümlichkeit des *constitutum*. Dieses folgt eben, nachdem einmal gültig begründet, seinen eigenen Regeln, habet *suas conditiones*. Nach diesen erlischt es infolge seiner accessorischen Natur zwar durch Erfüllung der *obligatio principalis*; in den Fällen aber, in denen die Hauptobligation ohne Zufriedenstellung des Gläubigers aufgehoben wird, ist damit noch nicht die *obligatio ex constituto* weggefallen. Dieser Gedanke ist denn auch in unserer Stelle enthalten und dabei an eine Naturalobligation, wie wir schon kurz vorher ausgeführt, nicht zu denken. Dennoch aber nehmen wir nicht Anstand, im Anschluss an eine sofort unten zu erläuternde Stelle von Paulus zu sagen: *remanet propter constitutum naturalis obligatio*. Der scheinbare Widerspruch dieser Worte mit unseren obigen Betrachtungen dürfte sich leicht aufklären. Wie wir gesehen, gründet sich das *constitutum* stets auf eine bestehende Obligation. Für den Fall, dass diese die Kraft zu ihrer weiteren Existenz verliert, ist nun das *constitutum* vorsorglich darauf bedacht gewesen, etwas von derselben in sich aufzunehmen. Es lebt also gewissermassen noch die frühere Obligation im *constitutum* fort und macht sich in der Möglichkeit der Verfolgung aus demselben bemerkbar. Ausser dieser Möglichkeit aber giebt es für sie keine Gelegenheit, rechtlich von Bedeutung zu werden. Es macht dabei einen grossen Unterschied, ob man davon ausgeht, dass die Verjährung der Forderungsklage eine *naturalis obligatio* hinterlässt und als eine der vielen Wirkungen derselben die Fortexistenz des *constitutum* ansieht, oder ob man davon ausgeht: durch die Klageverjährung wird die Obligation an und für sich aufgehoben, dessenungeachtet existiert das *constitutum*, das als eine für sich bestehende Obligation seinen Bestand in

sich selbst hat, weiter und verschafft auf diese Weise, aber auch nur auf diese Weise, der alten Obligation einige Anerkennung. Dies letztere ist nun unsere Ansicht. Die *naturalis obligatio* ist also nicht die Ursache des Weiterlebens des *constitutum*, sondern erst die Folge desselben.

Die soeben angestellten Betrachtungen über das *constitutum* dürften auch massgebend sein für das Pfandrecht. Sehen wir zunächst von Gordian C. 2 de luit. pign. 8,30 [31] a. 240 ab, so spricht keine Stelle von dem Einfluss der Verjährung der Temporalklage auf das für die Forderung bestellte Pfandrecht. Es hat aber das Pfandrecht eine solche Aehnlichkeit mit dem *constitutum*, dass daraus auf eine gleiche Wirkung der Verjährung geschlossen werden darf.

Im übrigen ergeben die Quellen Folgendes. Gemäss der Regel: *principali re peremta accessiones quoque extinguuntur* (l 2 de pec. leg. 33.8) müsste, sobald die Hauptobligation erloschen, auch das Pfandrecht von selbst wegfallen. Jedoch nach dem Wortlaut des prätorischen Edikts soll die *actio hypothecaria* nur dann wegfallen, wenn der Gläubiger entweder bezahlt oder sonst befriedigt ist oder in die Aufhebung gewilligt hat. Die Möglichkeit der Anstellung jener Klage ist also nicht abhängig von der Existenz einer Forderung des Pfandgläubigers, sondern von dem Umstande, ob dieser befriedigt ist oder nicht. Ganz unumwunden spricht sich darüber aus l 13 § 4 de pignorib. 20.1 (Marcianus):

..... suas condiciones habet hypothecaria actio: id est si soluta est pecunia aut satisfactum est, quibus cessantibus tenet

und ebenso l 61 pr. ad sc. Treb. 36.1 (Paulus):

..... hic Serviana actio tenebit, verum est enim,

non esse solutam pecuniam, quemadmodum dicimus,
 remanet ergo propter pignus naturalis
 obligatio.

Fernere Belege liefern l 30 § 1 de exc. r. iud. 44.2; l 50 de minorib. 4.4; l 13 § 1 ad sc. Vellei. 16.1; l 38 § 5 de solut. 46.3 u. a. Aus allen diesen Stellen geht hervor, dass das Pfandrecht nicht schlechthin an die Schicksale der Forderung gebunden ist. Nachdem es einmal auf Grund einer Obligation zur Entstehung gekommen, besteht es nach seinen eigenen „conditiones“ fort und geht nur durch solche Ereignisse zu Grunde, die eine Satisfaktion des Gläubigers zur Folge haben¹⁾. Wie auch natürlich. Dient doch die Pfandbestellung keinem andern Zweck als dem, die Befriedigung des Forderungsberechtigten herbeizuführen. Ganz dieselbe Eigentümlichkeit fanden wir bei dem constitutum, und die Folge war, dass dasselbe, wie es auch ausdrücklich in den Quellen erwähnt war, trotz der Verjährung der principalis obligatio fort dauerte. Das nämliche wird daher auch bei dem Pfandrechte der Fall sein. Ist also die Hauptobligation durch Verjährung erloschen, so bleibt dessenungeachtet die Hypothekarklage bestehen, und zwar nicht weil die Klageverjährung eine naturalis obligatio hinterlässt, sondern weil es eine Eigenheit der Pfandklage ist, nur dann zusammen mit der Obligation unterzugehen, wenn der Aufhebungsgrund der letzteren auch einen Aufhebungsgrund des Pfandnexus mit sich bringt, wie es der Fall bei der Solution und Satisfaktion ist. Die Verjährung der Forderungsklage ist aber kein Erlöschungsgrund für den Pfandnexus — denn das bei der

1) Vgl. A. Faber coniect. lib. VII cap. 16. Cuiacius quaest. Paul. lib. IV (tom. V p. 990). Dagegen Averanius, interpr. lib. II cap. 11 § 14.

Bestellung des Pfandes vorhandene debitum ist durch die Verjährung keineswegs gezahlt —, also besteht dieser auch nach verjährter Schuldklage fort, bis er aus eigenen Ursachen untergeht. Durfte nun Paulus für solche Fälle sagen, dass *propter pignus naturalis obligatio remanet*? Allerdings. Nur müssen wir dabei die *naturalis obligatio* in jenem beschränkten Sinn gebrauchen, den wir oben schon gekennzeichnet haben. Die Forderung ist nach eingetretener Klageverjährung untergegangen, jedoch ist für sie ein Pfandrecht bestellt worden, und dieses hat die Forderung so in sich aufgenommen, dass sie jetzt in ihm, aber auch nur in ihm allein, *naturaliter* fortlebt. Die Fortexistenz des Pfandrechts ist somit die Ursache der *naturalis obligatio*; wäre kein Pfand bestellt, so könnte von einer *naturalis obligatio* keine Rede sein, sondern das ganze Recht wäre untergegangen. So erklärt sich denn auch, dass an die Bestellung eines ganz neuen Pfandrechts nach eingetretener Verjährung überhaupt nicht zu denken ist.

Mit diesen Erklärungen stimmen die Verteidiger der schwächeren Wirkung der Klageverjährung nicht überein. Nach ihrer Ansicht bedarf das Pfandrecht ebenso, wie es zu seiner Entstehung Anschluss an ein anderes Recht nötig hat, auch zu seiner Fortdauer der Fortexistenz dieses principalen Rechts, da es nur ein Mittel zur Realisierung einer Forderung ist. Zwar gesteht Savigny (a. a. O. S. 392) zu, dass es mehrere Fälle gebe, in denen die *actio pigneraticia* bestehen bleibe, solange nicht *creditori pecunia soluta* oder *eo nomine satisfactum est*; doch sieht er in diesen keineswegs Anwendungen eines allgemeinen Grundsatzes, sondern überall *bloß Specialitäten*¹⁾, eine Notwehr mit Hülfe des

1) Windscheid (Pand. § 249) meint zwar auch, dass einerseits die Fälle, in denen das römische Recht das Pfandrecht seine Forderung überdauern lässt, auf ein Princip nicht hinweisen, glaubt aber

Buchstabens des Servianischen Edikts gegen die Subtilitäten des *ius civile*. Und werde die Hypothekarklage so mit Berufung auf den Buchstaben aufrecht erhalten, so werde aber auch ausdrücklich bemerkt, dass dabei die Fortdauer einer *naturalis obligatio* zu erkennen sei, da ja ohne *obligatio* kein Pfand existieren könne. Dagegen lässt sich nun manches anführen. Einmal entbehrt die Behauptung, dass das Pfandrecht immer nur in Anlehnung an eine *obligatio* bestehen kann, jedes Beweises; wir haben das Gegenteil in unseren obigen Ausführungen dargethan und können durchaus keinen Grund einsehen, weshalb in den dabei in Betracht kommenden Stellen nur Ausnahmefälle behandelt sein sollten. Was ferner den Ausdruck: *remanet propter pignus naturalis obligatio* anbetrifft, so ist die grammatisch richtige und zunächst liegende Uebersetzung die, dass eine *naturalis obligatio* übrig bleibt, weil ein Pfand da ist, nicht aber, wie Savigny, Dernburg (Pfandrecht II S. 577) und in neuester Zeit auch Grawein (a. a. O. S. 144) es wollen, dass das Pfand fortexistiert, weil eine *naturalis obligatio* übrig bleibt. Für diesen Fall hätte der Jurist doch wohl sagen müssen, *remanet propter naturalem obligationem pignus*.

Auf diese soeben gewonnenen Resultate werden wir noch einmal zurückkommen bei Gelegenheit der Besprechung des Einflusses der neueren Verjährung auf das für die Forderung bestellte Pfandrecht. Dort werden wir bestätigt finden, was sich hier für uns durch Folgerungen ergeben hat.

andererseits wiederum, dass ein Hinausgehen über die in den Quellen genannten Fälle nicht ausgeschlossen sei. Sollte aber wirklich dann wohl jemals Einigung darüber erzielt werden können, welche Fälle unter jene Regel gehören, welche nicht? Wie gross schon jetzt der Streit darüber, zeigt uns Windscheid selbst a. a. O. Anm. 5 u. 8.

Betrachten wir im Folgenden die Wirkung der Klageverjährung auf eine für die Forderung gestellte Bürgschaft, so finden wir, dass mit der Verjährung der Forderung auch die für dieselbe errichtete Bürgschaft untergeht, und dass andererseits die für eine schon verjährte Schuld geleistete Bürgschaft ungiltig ist.

Zunächst kommt eine Stelle in Betracht, die der Interpretation einige nicht leicht zu überwindende Schwierigkeiten bietet und daher in mannigfacher Hinsicht Gegenstand lebhaftester Controverse geworden ist: l 38 § 4 de solut. 46.3 (Africanus):

Si quis pro eo reverso fideiusserit, qui, cum rei publicae causa abesset, actione qua liberatus sit, deinde annus praeterierit, an fideiussor liberetur? quod Juliano non placebat, et quidem si cum fideiussore experiundi potestas non fuit: sed hoc casu in ipsum fideiussorem ex edicto actionem restitui debere, quemadmodum in eum fideiussorem, qui hominem promissum occidit.

Ein Schuldner ist durch Abwesenheit in Staatsangelegenheiten von einer Klage befreit worden. Auf welche Weise, werden wir fragen, da doch die Klagfrist bei den actiones temporales utile tempus ist? An die lex Furia ist mit Savigny hier nicht zu denken, da nach dieser der Bürge, nicht der Hauptschuldner befreit wird, ebensowenig an die Prozessverjährung, da einem solchen speziellen Verhältnis der generelle Ausdruck der Stelle entgegensteht, wohl aber an die Klageverjährung, und zwar an einen Fall mit tempus continuum, deren es bekanntlich einige, wie z. B. die querela inofficiosi testamenti auch schon im älteren Recht giebt. Nach seiner Befreiung von der Klage stellt nun der Schuldner einen Bürgen und deinde annus praeterierit. Die Frage, die nun entsteht, ist: wird der Bürge nach Ablauf dieses

Jahres befreit? Zunächst ist festzustellen, wofür die Bürgschaftsstellung erfolgt ist. Etwa für die von der verjährten Hauptklage zurückgebliebene *naturalis obligatio*? Keineswegs. Für diesen Fall wäre die *obligatio* des Bürgen eine *perpetua*, und es dürfte deshalb nicht von seiner Befreiung nach Ablauf der Restitutionsfrist gegen den *debitor* und daher auch nicht von einer Restitution des *creditor* gegen den *fideiussor* gesprochen werden. Auch ist höchst unwahrscheinlich, dass die erste verjährte *Obligation* eine *naturalis obligatio* hinterliess, wofür ein Bürge hätte bestellt werden können, da einer solchen mit keinem Worte Erwähnung gethan wird. Wohl aber ist die Bürgschaft erfolgt für den Restitutionsanspruch, den der Gläubiger nach *l 1 § 1 D. ex quib. caus. mai. 4.6* hat. War der *annus* für diesen verflossen, so entstand die Frage: an *fideiussor liberetur*? An sich ist dieselbe wohl zu bejahen, jedoch verneint sie hier Julian für den Fall, dass *cum fideiussore experiundi potestas non fuit*. Wie aber, wenn die Voraussetzung dieses Mangels der *experiundi potestas* fehlt? Dürften wir für den Fall nicht annehmen, dass der Bürge sofort mit der Verjährung der Hauptobligation seiner Haftpflicht ledig ist? Diese Annahme erhält ihre Berechtigung, wenn wir uns der besonderen strengen Accessionsnatur der Bürgschaft klar werden. Zwar wollen Bekker (in Jahrb. des gem. deutsch. Rechts I) und Schwanert (Die Naturalobligationen des röm. Rechts S. 460) analog dem *constitutum* und Pfandrecht auch bei der *fideiussio* ein Fortdauern der Haftung nach der Verjährung der *principalen Obligation*, also für den Fall, dass *creditori non satisfactum est*, angenommen wissen, doch können wir dem nicht beistimmen. Ging das *constitutum*, nachdem es einmal in Anlehnung an die Hauptobligation entstanden, seine eigenen Wege, war also gewissermassen eine für sich bestehende *Obligation*, so ist die *obligatio* des

Bürgen nicht eine eigene, sondern nur die des Hauptschuldners, für welche der fideiussor eintrat. Die Schicksale der Hauptobligation sind daher auch die der Bürgschaft, geht jene durch Verjährung unter, so fällt auch diese weg. Wenn trotzdem in unserer Stelle eine entgegengesetzte Entscheidung getroffen ist, so gehört sie eben zu den Ausnahmefällen, deren es einige giebt und wofür der Jurist auch ein Beispiel anführt, wohl um damit zu zeigen, dass auch unser Fall zu denselben gehört. Die Regel ist und bleibt also immer, dass fideiussor debitore liberato per consequentiam ipse quoque dimittitur (l 19 D. de dol. mal. 4.3).

Was die

l 29 § 6 mand 17.1

l 69 de fideiuss. 46. 1 und

l 71 § 1 de solut. 46.3.

anbetrifft, in denen von einem fideiussor tempore liberatus die Rede ist, so ist aus ihnen für unsere Ansicht nichts zu entnehmen, da sie nach richtiger Interpretation auf die lex Furia zu beziehen und nur durch Interpolation etwas unverständlich geworden sind. Solcher Meinung sind auch von den Verteidigern der hier bekämpften Theorie Francke (civil. Abhandl. S. 74) und Savigny (a. a. O. S. 400). Allerdings haben manche aus ihnen die Fortdauer der naturalis obligatio nach verjährter Hauptklage zu erklären versucht, doch dürfte ihnen mit obigem Grunde wirksam entgegengetreten werden können.

Geben wir zu, dass mit unserer oben versuchten Erklärung der l 38 cit. keineswegs alle in ihr enthaltenen Schwierigkeiten glücklich beseitigt sind, so ist doch das Ergebnis, das sie uns liefert, vollkommen entsprechend unserer Auffassung der Temporalklagen: Die Verjährung hinterlässt keine naturalis obligatio und die Bürgschaft

findet zusammen mit der verjährten Hauptklage ihren Untergang.

Wie gestaltet sich nun der Fall, wenn die Bürgschaftsleistung nach bereits verjährter Obligation erfolgt. Ist dieselbe gültig und zeigt sich also in dieser Weise die Bethätigung der obligatio nach der Verjährung? Auf Grund der l 37 de fideius. 46.1 (Paulus) ist die Ungültigkeit einer solchen Bürgschaft anzunehmen und somit die Existenz einer obligatio, wenn auch nur naturalen, nach der Verjährung zu leugnen. Jene Stelle lautet:

Si quis, postquam tempore transacto liberatus est, fideiussorem dederit, fideiussor non tenetur, quoniam erroris fideiussio nulla est.

Klarer als diese Stelle kann wohl nichts dafür sprechen, dass die Verjährung keine naturalis obligatio hinterlässt, dass demnach eine Verbürgung nach verjährter Schuld unzulässig ist. Denn wäre eine naturalis obligatio übrig, so müsste dafür ein Bürge bestellt werden können, zumal nach l 60 D. de fideiuss. 46.1, wenn der Debent von dem Gläubiger so befreit wird, ut naturale debitum maneat, fideiussor tenetur. Nur fragt es sich, ob wir unsere Stelle auf die Klageverjährung zu beziehen haben. Zu dieser Annahme sind wir wohl berechtigt. Dieselbe von der lex Furia zu verstehen, wie Francke (a. a. O.) will, ist nicht angänglich, da diese sich auf die Befreiung des Bürgen, nicht des Hauptschuldners bezieht, von dem doch in unserer Stelle die Rede ist. Zwar hat man gesagt, dass der Fall dann so zu denken wäre, dass ein sponsor oder fidepromissor nach Ablauf der ihm durch die lex Furia bestimmten zweijährigen Frist einen fideiussor gestellt hätte. Jedoch ein solch' komplizierter Vorgang dürfte wohl kaum einfach durch „quis“ angedeutet werden. Wenn aber Puchta (Vorl. Beilag. VI) und ebenso früher Weber (Natürliche Verbind-

lichk. § 92), auch Unterholzner (Verjährung II S. 294) unsere 137 cit. auf eine obligatio ad diem beziehen, so steht nichts entgegen, wie auch schon oben einmal bei der Erklärung der 1 18 § 1 de pec. const. 13.5 bei gleicher Gelegenheit bemerkt ist, daraus einen analogen Schluss auf die Klageverjährung zu ziehen¹⁾. Denn nach unseren Ausführungen im einleitenden ersten Teil haben wir bei der älteren Klageverjährung an einfache von vornherein mit einem dies ad quem versehene actiones zu denken, die ebenso wie die obligationes in diem constitutae einfach durch den Ablauf der Zeit erlöschen. War bei diesen die Frist durch Vertrag, so war sie bei jenen durch Gesetz festgesetzt, was aber hier keinen Unterschied macht.

Ausser solchen Einwendungen hat man die Beweiskraft der Stelle für unsere Ansicht noch dadurch zu beseitigen versucht, dass man das Hauptgewicht auf die letzten Worte „quoniam erroris fideiussio nulla est“ verlegte. So versteht Savigny (a. a. O. S. 398) unter „error“ den Irrtum über den erfolgten Ablauf der Verjährungsfrist und bezieht die Ungiltigkeit der Bürgschaft auf die exceptio, die wegen des Irrtums der fideiussor ebenso wie der debitor tempore liberatus hat. Jedoch treffend hat hiergegen Brinz (Pand. 1. Aufl. § 47) eingewandt, dass dann doch die fideiussio ulla wäre, und nicht nulla, wie sie sein soll. Die erroris fideiussio ist aber nicht, wie die Gegner meinen, eine Bürgschaft aus Irrtum, sondern die Verbürgung für eine irrig bestehende Schuld. In Unkenntnis über die auf Grund der Verjährung erfolgte Befreiung von seiner Verbindlichkeit hat der Debitent für seine vermeintliche Schuld

1) Anders begegnen diesem Einwande Vermehren (Ztschrft. f. Civilr. u. Prozess II), Büchel (Civilrechtl. Erörter. I S. 74) und Dahn (a. a. O. S. 27) und die übrigen Verteidiger der stärkeren Wirkung.

einen Bürgen bestellt. Dieser aber soll nicht verpflichtet sein, offenbar aus dem Grunde, weil kein debitum mehr existiert und nur der Schuldner es irrtümlich annimmt. Diese irrige Voraussetzung nun kann in den rechtlichen Wirkungen selbst keine Aenderung verursachen, und die Bürgschaft muss, da ihr eine Grundlage, das debitum, fehlt, wirkungslos sein. Dass bei solcher Auffassung überflüssig sein soll, von dem motivierenden Irrtum des Schuldners zu reden, können wir nicht einsehen. Ist doch aus ihm allein zu erklären, wie es möglich ist, für die untergegangene Forderung einen Bürgen zu bestellen. Solches wird niemand thun, ausser wenn er sich eben im Irrtum über den Untergang der Schuld befindet, oder, was die Sachlage dann allerdings ganz anders gestalten würde, wenn er die Absicht hat, dadurch die verjährte Schuld von neuem zu beleben.

Uebrigens mag noch erwähnt werden, dass in betreff der Bürgschaft unter den Verteidigern der entgegengesetzten Ansicht keineswegs Einigkeit herrscht. Während einige (Weber [a. a. O.], Glück [Pand. XIII S. 100], Savigny [a. a. O.]) die l 37 cit. als Beweis für die schwächere Wirkung der Klageverjährung gebrauchen, pflichtet Keller (Pand. § 88) unserer obigen Auffassung bei und giebt daher behufs der Bürgschaft ein Erlöschen des ganzen Rechts zu. Und auch sonst sind die Gegner weder in den Gründen noch in der Ausdehnung, die sie ihrer Theorie geben wollen, einig, was besonders deutlich unten bei der Compensation zu Tage treten wird.

Ein fernerer Beleg für die Nichtexistenz der obligatio nach der Verjährung würde es sein, wenn wir nachzuweisen im stande wären, dass das, was irrtümlich nach Ablauf der Verjährung gezahlt wird, zurückgefordert werden kann. Dazu sind wir aber im stande auf Grund der l 25 § 1 rat. rem hab. 46.8 (Africanus):

Procurator cum ab eo aes alienum exegerat, qui tempore liberaretur, ratam rem dominum habiturum cavit: deinde post tempus liberato iam debitore dominus ratam rem habet. posse debitorem agere cum procuratore existimavit, cum iam debitor liberatus sit: argumentum rei, quod, si nulla stipulatio interposita sit, condictio locum adversus procuratorem habitura sit: in locum autem conditionis interponi stipulationem.

Diese Stelle ist, wie sie auch schon Cuiacius (ad African. tract. VI in opp. prior. t. 1 p. 1406) interpretierte, so zu verstehen: Ein Schuldner, welcher tempore liberatur, hatte auf Betreiben eines unbevollmächtigten Prokurator des Gläubigers seine Schuld abgetragen, noch bevor die Verjährungszeit abgelaufen war. Der Prokurator hatte die cautio ratam rem dominum habiturum geleistet, jedoch erfolgte die Genehmigung von seiten des Geschäftsherrn erst, nachdem die Verjährungszeit verflossen war. Diese Ratihabition soll aber unwirksam sein, offenbar weil sie zu spät kommt, da zur Zeit ihrer Erteilung — und erst in diesem Moment gilt die Zahlung an den procurator als solutio — ein debitum nicht mehr existiert. Hieraus geht hervor, dass eine naturalis obligatio nach der Verjährung nicht übrig ist, denn sonst müsste die Ratihabition Kraft haben. Fehlt es aber an einem debitum, so kann das irrig Gezahlte mit der condictio indebiti zurückgefordert werden¹⁾. Solche Beweiskraft würde selbst Sa-

1) Von den älteren Lehrern des gemeinen Rechts hatten die gleiche Ansicht: Voet comment. ad pand. lib. 44 t. 3 § 10; Mevius in decis. VIII 486 n. 8; Hahn ad Wesenbec. lib. 12 tit. 6 n. 6; Wernher lectis. comment lib. XII tit. 6 §§ 5, 15; Rave de praescr. §§ 126, 128 und ebenso Bachov ad Treutler. disput. 48 thes. 3 lit. H, obwohl er ein Verteidiger der schwächeren Wirkung der Klagever-

vigny der Stelle zuerkennen, wenn es sicher wäre, dieselbe auf die Verjährung zu beziehen; sie liesse sich aber auch ganz befriedigend von einem auf beschränkte Zeit geschlossenen Vertrag oder auch von der *lex Furia* erklären. Diesen Einwänden, die, wie wir gesehen, die Gegner bei allen gegen ihre Ansicht sprechenden Stellen machen, können wir auch hier wieder auf die alte Weise begegnen und verweisen daher auf das oben bei den bezüglichen Stellen Gesagte. Wollten wir noch die Basiliken heranziehen, um aus ihnen etwas zur besseren Erklärung unserer Stelle zu entnehmen, so ist in ihnen nur von einer Verpflichtung die Rede, welche durch Zeitablauf untergeht. So heisst es in lib. IX tit. 11 cap. 25 Fabrot. I pag. 579—580:

Ἐάν χρέος τῷ χρόνῳ μέλλον ἀπόλλυσθαι ὁ ἐντολεὺς ἀπαιτήσῃ καὶ μετὰ τὸ ἐλευθερωθῆναι τῷ χρόνῳ τὸν χρεώστην ὁ δεσπότης δεκτὸν ἀποδέξῃται, βεβαιούται κατὰ τοῦ ἐντολέως ἢ παρ' αὐτοῦ δοθεῖσα ἱκανοδοσία· εἰ γὰρ μὴ δέδωκε τὴν ἀσφάλειαν, ὑπέκειτο τῷ χρεώστῃ τῷ περὶ τῆς ἀπαιτήσεως λόγῳ.

Schon hier möge Erörterung finden, worauf wir unten noch einmal zurückkommen werden, wenn wir über unsere Controverse in der Praxis zu handeln haben: wie verhält sich die neuere Gesetzgebung zu der Zulässigkeit der *condictio indebiti* bei verjährten Forderungen. Wir finden nämlich, dass die meisten neueren Verjährungsgesetze, ob-

jäh rung ist. Dagegen entscheiden sich Donellus, com. de iur. civil. lib. XXII cap. 2; Averanius interpret. lib. II cap. 12 §§ 19, 20; Hommel Rhaps. obs. 481. Wir greifen immer auf die älteren Juristen zurück, um dadurch klarzulegen, dass, wenn sie auch teilweise unsere Controverse in der heutigen Fassung noch nicht kannten, sie doch durch vielfache Einzelerklärungen erkennen lassen, dass sie — wenigstens zum allergrössten Teil — das Recht durch die Verjährung aufgehoben wissen wollen, sich somit als Anhänger der später aufgetauchten Theorie der stärkeren Wirkung dokumentieren.

wohl sie die stärkere Wirkung anerkennen, dennoch die Zurückforderung des irrtümlich Gezahlten nicht gestatten. Folgerecht müssten sie doch wohl das Gegenteil aussprechen. Geben sie also nicht mit dem Ausschluss der *repetitio soluti* die Existenz einer *naturalis obligatio* zu? Keineswegs. Wie wir früher gesehen, muss für eine jede Naturalobligation der rechtliche Inhalt besonders festgestellt werden. Die positiven Wirkungen, welche eine Naturalobligation überhaupt haben kann, kommen weder notwendig noch auch regelmässig in jedem einzelnen Fall vor. Selbst die Unzulässigkeit der *condictio indebiti*, welche bei Naturalobligationen in der Regel sich findet, ist nach Schwanert (a. a. O. S. 189) auf der einen Seite kein sicheres und untrügliches Merkmal der Naturalobligation, auf der andern keine notwendige Folge derselben. So ist nach 1 3 D. de cond. ob turp. caus. 12.5 im Fall einer Leistung zur Bewirkung einer unerlaubten Handlung die *repetitio soluti* ausgeschlossen und andererseits kann im Fall einer natürlichen Verbindlichkeit des Mündels, der ohne Mitwirkung seines Vormundes sich verpflichtet hat, nach 1 41 D. de cond. ind. 12.6 das *per errorem solutum* kondiciert werden. Schliessen daher die neueren Klageverjährungsgesetze die *repetitio* des irrtümlich nach der Verjährung Geleisteten aus, so ist damit noch nicht das Uebrigbleiben der *naturalis obligatio*, der Fortbestand eines rechtlich wirksamen Restes der verjährten Schuld zugegeben. Man kann vielmehr auch hier wie bei der Fortdauer des Pfandrechts und des *constitutum* nur sagen, dass die nicht mehr existierende Schuld in einer einzelnen Richtung doch noch als bestehend angesehen wird. Zahlt der Schuldner in Unkenntnis des Ablaufs der Verjährungsfrist, so will er keineswegs eine Schenkung machen, denn dazu fehlt ihm der Schenkungswille, wohl aber will er die seinem Gefühl nach bestehende Schuld ab-

tragen. Und diese soll er nachher wieder zurückfordern können? Für die juristische Betrachtung muss es entscheidend sein, dass es nicht angänglich ist, das unter solchen Umständen Gezahlte zurückzuverlangen, und der Gesetzgeber muss demgemäss seine Verordnung treffen und zu einer Ausnahmebestimmung seine Zuflucht nehmen, für die er aber Grund und Ursache hat. Denn der Irrtum, zunächst ein Unglück für den davon Betroffenen, wird als solches auch billiger Weise von diesem getragen. Wenn man auch bemüht ist, dem Irrenden nach Möglichkeit Hülfe angedeihen zu lassen, so darf dies doch nur geschehen, wenn ein anderer nicht oder doch nicht auf allzu empfindliche Weise dabei in Mitleidenschaft gezogen wird, m. a. W. die *condictio* soll materiell kein *lucrum* gewähren, sondern dem Eintritt eines *damnum* vorbeugen; und von diesem Grundgedanken ausgehend konnte der Gesetzgeber mit Recht zu jener singulären Bestimmung des Ausschlusses der *repetitio* des irrtümlich nach der Verjährung Gezahlten greifen.

Nach dieser Abschweifung fahren wir in unsern obigen Betrachtungen fort und erörtern zunächst die Frage, ob eine verjährte Forderung Compensationskraft hat. Direkte Aussprüche darüber giebt es nicht in den Quellen, vielmehr sind wir auch hier, wie so oft auf dem Gebiet der Verjährungslehre, auf Analogien angewiesen. Es wird also die peinlichste Sorgfalt und Vorsicht geboten sein bei der Feststellung der Grundsätze, auf denen die Folgerung basieren soll. Dieses scheint aber von den Gegnern nicht immer im Auge behalten zu sein; denn wenn sie (Weber, Beiträge zu Klag. u. Einred. S. 57 ff., Glück Pand. XV S. 64, Savigny a. a. O. S. 403—404, Puchta Institut. II § 208) ihre Ansicht dahin abgeben, dass eine verjährte Forderung stets zur Compensation benutzt werden kann, so stellen sie ihre Behauptung auf zwei Prämissen, die keineswegs so fest ge-

gründet sind, als dass sie nicht erschüttert werden könnten. Sie behaupten nämlich: da die Klageverjährung eine naturalis obligatio hinterlasse, jede naturalis obligatio aber zur Compensation sich eigne, so müsse die verjährte Forderung stets compensando geltend gemacht werden können. So logisch und folgerichtig das Ergebnis sein mag, so können wir doch nicht umhin, dasselbe als falsch zu bezeichnen, da die Voraussetzungen, aus denen es hervorgegangen ist, nicht richtig sind. Schon aus allen unseren obigen Ausführungen wird es klar geworden sein, dass eine naturalis obligatio nach der Verjährung nicht übrig bleibt, was wir auch noch unten weiter nachzuweisen versuchen werden. Die eine Voraussetzung ist also falsch und schon darin zeigt sich die Unhaltbarkeit der Meinung der Gegner. Aber zum Ueberfluss ist auch die andere Prämisse unrichtig und leicht zu widerlegen. Es soll nämlich jede naturalis obligatio zur Compensation sich eignen nach l 6 D. de comp. 16.2 (Ulpianus):

Etiam quod natura debetur venit in compensationem.

Diese Stelle würde unstreitig beweisend sein, würde ihr nicht in l 14 eod. tit. (Javolenus) ein Hindernis entstehen:

Quaecumque per exceptionem perimi possunt, in compensationem non veniunt.

Setzt sich diese Stelle nicht in den direktesten Widerspruch mit der obigen l 6 cit.? Giebt es doch sehr wesentliche Arten von Naturalobligationen, die es dadurch geworden sind, dass die sonst wirksame actio durch eine exceptio entkräftet wird; nach dem Ausspruch Javolens sollen aber solche Naturalobligationen inkompensabel, nach dem Ulpianus kompensabel sein. Will man nun nicht einen Widerspruch annehmen, so muss man den einen Satz als Regel und den andern als Beschränkung derselben betrachten. Dabei aber

entsteht die Frage, welchen von beiden trifft das Schicksal, eine Einschränkung zu erfahren. Nach der Ansicht der Gegner bildet natürlich l 6 die Regel; die l 14 trete nur da in Kraft, wo durch die entgegenstehende exceptio nicht allein die Klage, sondern die ganze Verbindlichkeit getilgt werde. Gründe dafür werden keine angegeben, jedenfalls nicht solche, die nicht auch umgekehrt für das entgegengesetzte Verhältnis jener beiden Stellen angeführt werden könnten. Wir sehen also keinen Grund, warum wir nicht annehmen sollten, dass in l 14 die Hauptregel enthalten ist, sodass l 6 nicht in solchen Fällen zur Anwendung kommt, in denen der Entstehungsgrund der naturalis obligatio der Untergang der Klage durch Einrede ist¹⁾. Diese Annahme erhält Wahrscheinlichkeit durch den Wortlaut der Stelle. Denn man wird zugeben, dass das Wort „quaecumque“ in seiner Allgemeinheit kaum eine Beschränkung in dem Geltungsbereich der lex zulässt. Sodann dürfte nach Eisele (Compensation S. 328) ein fernerer Grund für unsere Ansicht darin liegen, dass die l 14 negativ, die l 6 dagegen positiv gehalten ist, und daher jene, weil sie einen negativen Satz aufstellt, mehr Anspruch auf Allgemeingiltigkeit hat als diese. So ist denn die Compensationsfähigkeit der hier für uns in Frage kommenden Naturalobligationen zu leugnen, und es fällt demnach auch die zweite Prämisse, worauf die Gegner ihre Behauptung von der Compensabilität der verjährten Forderungen gebaut. Ihre Ansicht ist also unrichtig, und wir müssen gemäss l 14 cit. — denn diese findet Anwendung auf verjährte Forderungen, da den Klagen aus denselben die exceptio temporis entgegengestellt werden kann — behaupten, dass eine verjährte Forderung nicht

1) So schon Duarenus in tit. de compens. cap. I pars 2 pag. 200.

mehr *compensando* entgegengehalten werden kann¹⁾. Dies erhellt schon daraus, dass die Compileren, obwohl zur Zeit der Pandektenjuristen das Institut der Compensation schon vollständig ausgebildet war, kein darauf bezügliches Zeugnis aufgenommen haben, während sich in der Compensabilität zweifellos die praktischste Bedeutung der verjährten Forderung gezeigt hätte. Und einen fernerer Beweis für die Richtigkeit unserer Meinung müssen wir darin sehen, dass sie dem Zweck der Verjährung, Rechtsfrieden und Rechtssicherheit herbeizuführen, voll und ganz entspricht. Würde dagegen eine verjährte Forderung noch *compensando* geltend gemacht werden können, so wäre es um den praktischen Wert des Verjährungsinstitutes zum grössten Teil geschehen, denn dem Gläubiger würde fast ausnahmslos die Eintreibung seiner verjährten Forderung ermöglicht sein; er würde sich stets entweder direkt oder im Wege der Cession an einen Schuldner seines Schuldners Befriedigung verschaffen können.

Dies alles hat denn auch viele, wohl die meisten Anhänger der schwächeren Wirkung der Klageverjährung bewogen, ihrer Meinung hier untreu zu werden und mit uns die Compensabilität verjährter Forderungen zu leugnen, so Mühlenbruch (Pand. § 481), Unterholzner (Verjährung II § 258), Keller (Pand. § 88), Dernburg (Pand. § 150) u. a.

Unsere obige Behauptung von der Compensationsunfähigkeit verjährter Forderungen würde eine unbillige Härte in

1) Dieselbe Ansicht schon bei: Vasquius *illustr. contr. lib. II cap. 53*; Titius *ius. priv. Rom. Germ. lib. V cap. 13 § 37*; Leyser *meditat. ad pand. vol. III spec. 174 corollar.*; Cocceji *de vero debitor absoluto sect. II § 21*; Wernher *lectiss. comment. ad pand. tit. de compens. § 13*. Die entgegengesetzte Ansicht vertreten: Belloius *de compens. (in thes. Meerman. tom. IV p. 733 sq.)* und Cappel, *an compensatio obstat praescriptioni?*

sich schliessen, würden wir sie ohne Unterschied für alle Fälle, in denen mit verjährten Forderungen kompensiert werden soll, aufrecht erhalten. Es wird vielmehr der Unterschied zu machen sein, ob die Forderung, welche der verklagte Schuldner zur Compensation bringen will, schon da verjährt war, als die Gegenforderung des klagenden Gläubigers zur Entstehung gelangte, oder ob ihre Verjährung erst nach zeitweiliger Coexistenz mit der Gegenforderung eintrat. Im ersten Fall ist die Geltendmachung durch Compensation gemäss unserer obigen Ausführung ausgeschlossen, im zweiten Fall dürften wir eine Ausnahme zulassen und die Compensation gestatten. Hatte der Schuldner vor Eintritt der Verjährung seiner Forderung unzweifelhaft das Recht der Compensation, so wäre es höchst unbillig, ihm dasselbe jetzt nach Eintritt der Verjährung zu versagen. Kam doch alles darauf an, dass der Gläubiger klagend vorging, um so dem Schuldner Gelegenheit zur Compensation zu geben. Jener hat aber vielleicht gerade in Voraussicht des drohenden Misserfolges die gerichtliche Geltendmachung seiner Forderung verschoben und so lange gewartet, bis die Forderung seines Schuldners verjährt war. Soll nun unter solchen Umständen der Schuldner vollständig wehr- und hilflos dastehen? Es erscheint als ein Postulat der Billigkeit, dass hier die Compensation ebenso zugelassen wird, wie sie hätte zugelassen werden müssen, wenn der Gläubiger früher geklagt hätte.

Ausser diesem Billigkeitsmotiv giebt es noch einen andern Grund für unsere Behauptung. Die Forderung des belangten Schuldners kann gar nicht durch Verjährung untergehen, da sie doch gar nicht mehr existiert. Denn dem praktischen Erfolge nach ist sie sofort mit Entstehung der Gegenforderung des Gläubigers untergegangen. Der verklagte Schuldner hat nur nötig, der Klage von seiten des

Gläubigers die exceptio compensationis entgegenzuhalten und die beiden Forderungen gelten ex eo tempore, ex quo ab utraque parte debetur, als getilgt. Sollte der Gläubiger seinerseits dann noch die replicatio temporis vorbringen, so würde das keinerlei Wirkung erzielen, da die Forderung des Schuldners vor dem eventuellen Eintritt der Verjährung nicht mehr existierte.

Was die Novation der verjährten Forderung betrifft, so geben auch hierüber die Quellen keinen Aufschluss. Jedenfalls aber lässt sich auf eine bloß errore bestehende Obligation eine Novation nicht gründen und können wir daher anschliessend an den gleichlautenden Ausspruch des Paulus über die fideiussio den Satz aufstellen: erroris novatio nulla est.

Eines Arguments für unsere Ansicht, das uns I 1 § 4, 6 de dol. mal. 4.3 (Ulpianus) liefert, möge hier noch Erwähnung geschehen. Die Stelle lautet:

Ait praetor: si de his rebus alia actio non erit. merito praetor ita demum hanc actionem pollicetur, si alia non sit, quoniam famosa actio non temere debuit a praetore decerni, si sit civilis vel honoraria, qua possit experiri: usque adeo, ut et Pedius libro octavo scribit, etiamsi interdictum sit quo quis experiri, vel exceptio qua se tueri possit, cessare hoc edictum. — — — — —

Idem Pomponius refert Labeonem existimare, etiamsi quis in integrum restitui possit, non debere ei hanc actionem competere. et si alia actio tempore finita sit, hanc competere non debere, sibi imputaturo eo qui agere supersedit. nisi in hoc quoque dolus malus admissus sit, ut tempus exiret.

Nach dem prätorischen Edikt sollte also Voraussetzung der famosa actio de dolo sein, dass keine andere Klage da

war. Die Auslegung erweiterte dies dahin, dass sie auch dann ausgeschlossen wäre, wenn der Hintergangene ein *interdictum* hatte oder eine *exceptio*, die ihm zu seinem Zwecke verhelfen konnte. Danach hätte nun zwar dem Betrogenen, wenn er eine andere ihm zustehende Klage durch Verjährung untergehen liess, die *actio doli* zukommen müssen. Trotzdem aber wird sie ihm nicht gestattet, und zwar aus dem Grunde, weil er durch seine eigene Schuld das ihm zustehende Rechtsmittel eingebüsst hat. Hätte ihm nach der Verjährung eine *exceptio* zu Gebote gestanden, so hätte dies der entscheidende Grund der Verweigerung der *actio de dolo* sein müssen, nicht der angegebene. Dass dies die richtige Interpretation ist, geht auch daraus hervor, dass da, wo die angegebene Ursache der Verweigerung der *actio de dolo*, die Nachlässigkeit des Berechtigten, wegfällt, wo also der *dolus* des Verpflichteten die Ursache ist, warum die Verjährungsfrist ohne Klaganstellung abgelaufen ist, die *actio de dolo* wiederum zustehen soll. Hätte sich also die *obligatio* nach der Verjährung noch irgendwie bethätigen können, so hätte unter keinen Umständen die *actio de dolo* gestattet sein dürfen. Dahn, der sich der Interpretation Savigny's (a. a. O. S. 382—383) anschliesst, glaubt diese Stelle in solcher Ausdehnung nicht verstehen zu dürfen und spricht ihr daher Beweiskraft für unsere Ansicht ab. Denn die *actio doli* werde nur dann versagt, wenn der Betrogene eine *exceptio* habe, die ihn wirklich schütze, *qua se tueri possit*, z. B. *exceptio sc. Macedon.*, *leg. Cinciae* u. a., aber nicht schon deshalb, weil er vielleicht einmal eine *exceptio compensationis* aus der übrig gebliebenen *naturalis obligatio* benützen könne. Diese Beschränkung der Stelle auf jene Exceptionen ist mit keinem Worte erwähnt, auch nicht anzunehmen, da Ulpian durch den allgemeinen Ausdruck, den er gebraucht, zweifellos

andeutet, dass er eine Anwendung im weitesten Umfang will. Warum soll also die natürliche und zunächst sich darbietende Erklärungsweise nicht den Vorzug verdienen vor einer gezwungenen und den Inhalt in gewisse enge Grenzen beschränkenden Interpretation? Und sollte für den Gläubiger seine *exceptio compensationis* nicht „wirklich schützend“ sein, wenn der Schuldner bereits eine liquide Gegenforderung hat und sie nun geltend macht? Wie bei der *exceptio compensationis* muss auch bei den von Dahn angeführten Exceptionen gewartet werden, bis geklagt wird.

Zum Schluss dieses Teiles mögen noch jene Stellen Berücksichtigung finden, die von den Gegnern für ihre Meinung angeführt werden, die aber nach richtiger Interpretation keinen Zweifel an unserer Ansicht hervorbringen können. So zunächst l 16 (17) de neg. gest. 3.5. (Ulpianus):

Eum actum, quem quis in servitute egit, manumissus non cogitur reddere. plane si quid conexum fuit, ut separari ratio eius quod in servitute gestum est ab eo quod in libertate gessit non possit: constat venire in iudicium vel mandati vel negotiorum gestorum et quod in servitute gestum est. denique si tempore servitutis aream emerit et in ea insulam aedificaverit, eaque corruerit, deinde manumissus fundum locaverit, sola locatio fundorum in iudicio negotiorum gestorum deducetur, quia ex superioris temporis administratione nihil amplius in iudicio deduci potest quam id, sine quo ratio libertatis tempore administratorum negotiorum expediri non potest.

und in Verbindung damit l 17, 18 (18, 19) pr. eod tit. (Paulus):

Proculus et Pegasus bonam fidem eum, qui in servitute gerere coepit, praestare debere aiunt ideoque

quantum, si alius eius negotia gessisset, servare potuisset, tantum eum, qui a semet ipso non exegerit, negotiorum gestorum actione praestaturum, si aliquid habuit in peculio, cuius retentione id servari potest. idem Neratius.

At qui natura debitor fuit etiamsi in peculio nihil habuit, et si postea habuit, sibi postea solvere debet in eodem actu perseverans. sicut is, qui temporali actione tenebatur, etiam post tempus exactum negotiorum gestorum actione id praestare cogitur.

Danach soll ein Freigelassener, der während der Sklaverei eine Geschäftsführung übernommen und nach seiner Freilassung weiter fortgesetzt hat, nicht gezwungen werden dürfen, für die während seiner Sklaverei vorgenommenen Geschäfte Rechenschaft zu geben, ausser wenn eine Trennung dessen, was er in der Sklaverei und nach der Freilassung unternommen hat, unmöglich ist. Für diesen Fall haftet er wie ein Nichtsklave, der als debitor naturalis die Geschäfte seines Gläubigers geführt hat. Aus der Vergleichung nun des servus, qui natura debitor fuit und desjenigen, qui temporali actione tenebatur, haben die Gegner argumentieren wollen, dass auch für letzteren eine natürliche Verbindlichkeit übrig bleibe. Dem ist aber nicht so. Wenn der negotiorum gestor noch gezwungen werden kann, zu bezahlen, was er schon vor Ablauf der Präskriptionsfrist hätte entrichten sollen, so hat das keineswegs seinen Grund in der übrig bleibenden naturalis obligatio, sondern in seiner Verpflichtung aus der negotiorum gestio. Erst diese bringt das Naturalobligationsverhältnis hervor und lässt die längst untergegangene causa der principalen Obligation noch in einer einzigen bestimmten Beziehung zur Anerkennung

kommen¹⁾. Wir haben es also hier mit einem ähnlichen Fall wie oben bei der Fortexistenz des constitutum und Pfandrechts nach verjährter Hauptobligation zu thun.

Ebenso steht 1 23 § 2 de inoff. test. 5.2 (Paulus) unserer Ansicht nicht entgegen. Die Stelle lautet:

Si duo sint filii exheredati et ambo de inofficioso testamento egerunt et unus postea constituit non agere, pars eius alteri adcrescit. idemque erit, et si tempore exclusus sit.

Mühlenbruch (in Glücks Comment. XXXV S. 462 N. 67) folgert allerdings aus dieser Stelle, dass durch die Verjährung nicht das Recht, sondern nur die Klage für den lässigen Erben verloren gehe, weil sonst von einem Anwachsungsrechte nach verjährter Querel nicht die Rede sein könnte. Jedoch wir glauben die Stelle mit vollem Recht für die Bestätigung unserer Ansicht anführen zu dürfen. Denn wie ist es möglich, dass ein Recht einem andern accresciert und zugleich selbst noch an der Person des ersten Berechtigten haftet? Erst muss es dieser doch verloren haben, damit es dem zweiten zugesprochen werden kann. Sollte nun aber andererseits der erste wirklich nur die Querel an den zweiten verlieren, so würde der zweite eine Klage haben, die weiter ginge als sein Recht. Und das wird doch wohl niemand behaupten wollen. Mit der Querel accresciert selbstverständlich auch das Recht selbst. Dass dies die richtige Interpretation, geht auch daraus hervor, dass Paulus diesen Fall der Ausschliessung durch Verjähr-

1) In gleicher Weise ist 1 9 § 2 de adm. et peric. tut. 26.7 zu erklären, wo ebenfalls die Haftung des tutor fortdauert, nicht auf Grund einer übrig bleibenden naturalis obligatio, sondern des besonderen Verhältnisses der tutela.

rung gleichstellt dem Fall, wo einer der Pflichtteilsberechtigten auf seinen Anspruch verzichtet. Hat aber jemand Verzicht geleistet, so wird man von ihm nicht sagen können, er kann sein Recht noch exceptionsweise geltend machen. Somit dürfte auch durch diese Stelle unsere Ansicht von der gänzlichen Vernichtung des Rechts durch die Verjährung gerechtfertigt sein.

Wir gehen nun zur neueren Klageverjährung über und ziehen in nähere Erörterung, ob sich hier die obligatio nach der Verjährung bethätigen kann.

III.

Ziehen wir bei den Constitutionen, die über die neuere Klageverjährung handeln, vorerst wieder den Wortlaut in Betracht, um eventuell daraus auf die Wirkung derselben zu schliessen, so ist das Resultat, das wir hier erlangen, keineswegs ergiebiger als bei der älteren Klageverjährung. Auch hier finden sich Ausdrücke, die jede Partei für ihre Ansicht anführen könnte. So *actio finitur, perimitur; actioni praescribitur; nulla actio movetur; actione liberatur; lis perit; nulla penitus iurgia excitari; negotium, de quo per expressum tempus solenniter nemo pulsavit, novum nemo proponat; nullum ius movetur; ius extinctum est; iure suo lapsus; suas fortunas ad alios translatas u. a.*

Zunächst dürfte auch hier Beachtung finden, was wir oben über die Synonymität von *actio* und *obligatio* gesagt haben, also auf Ausdrücke solcher Art kein Gewicht zu legen sein. Die übrigen Aeusserungen nun scheinen unsere Ansicht von der stärkeren Wirkung zu bestätigen, wie sie denn auch mehrfach z. B. von Löhr (Arch. f. civil. Prax. X), Vermehren (Ztschrft. f. Civilr. u. Prozess II), Sintenis (Zurheins Jahrb. I Nr. 11), Dahn (a. a. O.) als Beweis für

unsere Theorie angeführt sind. Selbst die Gegner, vor allem Guyet (Arch. f. civil. Prax. X), haben dagegen nichts anderes vorzubringen, als dass sie dieselben als leere Wortfloskeln und nichtssagende Redensarten bezeichnen, auf die bei dem bombastischen Stil der Constitutionen jener Zeit nichts ankommen kann. Wenn wir auch hierin keinen Beweis dafür erblicken können, dass diese Ausdrücke unsere Ansicht nicht bestätigen, so sind wir dennoch gewillt, jene Ausdrücke nicht als volle Bestätigung unserer Meinung anzuführen. Denn einmal erkennen wir an, dass die römischen Kaiser in den Constitutionen jener Zeit mehr nach Wortfülle als nach Genauigkeit der Ausdrucksweise strebten und darum in ihren Verordnungen sich einer Sprachweise bedienten, die nicht immer einen ganz klaren Sinn hat und bei deren Auslegung man daher äusserst behutsam zu Werke gehen muss. Andererseits aber müssen wir vor allem in Betracht ziehen, dass die Kaiser bei ihren Worten an unsere Controverse, deren Entstehung erst in unserem Jahrhundert zu suchen ist, noch gar nicht gedacht haben, dass also aus diesem Grunde besonders ihren Ausdrücken nicht das volle Gewicht beigelegt werden darf.

Was schliesslich das Kanonische Recht betrifft, so will Guyet aus dem Ausdruck „tueri“ (c. 4,8 X de praescr. 2.26), da er nur ein Abschneiden der weiteren Angriffe d. h. Klagen bezeichne, und aus dem Wortlaut des cap. 6 X de praescr. 2.26:

quadragenalis praescriptio omnem prorsus actionem
excludit.

die schwächere Wirkung folgern. Doch dürfte die Ausdrucksweise hier für unsere Frage ebensowenig in Betracht kommen, da hinsichtlich ihrer Beweiskraft gegen sie als offenbare Nachahmung der römischen alle oben erörterten Gründe geltend gemacht werden müssen.

Lässt uns somit der Wortlaut der einschlagenden Stellen bei Entscheidung unserer Controverse im Stich, so liefern uns auch sonst die kaiserlichen Constitutionen wenig Ergiebiges. Das einzige für unsere Ansicht Erhebliche ist, dass, während die Schuldklage in 30 Jahren verjährt, die ihr beigegebene Pfandklage noch 10 Jahre darüber hinaus fortdauern soll, wie es ausdrücklich bestimmt ist in 1 7 § 1 C. de praescr. XXX vel XXXX ann. 7.39 (Justinus):

Quamobrem iubemus hypothecarum persecutionem, quae rerum movetur gratia vel apud debitores consistentium vel apud debitorum heredes, non ultra quadraginta annos, ex quo competere coepit, prorogari — — — — — in actione scilicet personali his custodiendis, quae prisca constitutionum sanxit iustitia.

Aus dieser Stelle ist denn auch das gewichtigste Argument für die hier bekämpfte Ansicht hergeleitet worden, indem man daraus den Schluss zog, dass die Verjährung eine naturalis obligatio hinterlassen müsse, da ein Pfandrecht nicht existieren könne, ohne dass eine Forderung, wenigstens eine natürliche, bestehe. Damit brachte man dann das berühmte Reskript von Gordian in 1 2 C. de luit. pign. 8.30 (31):

Intelligere debes, vincula pignoris durare, personali actione submota

in Verbindung und die entgegengesetzte Ansicht schien auf unerschütterlich festen Stützen zu stehen. Und in der That hat es langer Zeit und vieler Arbeit und Mühe bedurft, um die richtige Interpretation für diese Stellen zu finden, wobei es sich dann aber herausgestellt hat, dass die Verteidiger der schwächeren Wirkung dieselben keineswegs als solch' sichere Belege für ihre Ansicht anführen dürfen.

Vielmehr sind sie nur zu sehr geeignet, das Gegenteil zu beweisen. Sie bestätigen voll und ganz, was wir oben bei Gelegenheit der Besprechung des Einflusses der Verjährung auf die durch ein Pfand versicherte Obligation des weitläufigeren von den besonderen Grundsätzen des accessori-schen Pfandrechts dargethan haben. Zwar überdauert die Pfandklage die Hauptschuld um zehn Jahre, aber dies hat nicht seinen Grund in der Fortdauer einer naturalis obligatio, sondern weil es eine Eigentümlichkeit des Pfandrechts ist, nur dann unterzugehen, wenn der Gläubiger zufrieden-gestellt ist; es besteht also weiter, sobald die Erlöschung der Forderung wie bei der Verjährung infolge einer blossen Rechtsnotwendigkeit herbeigeführt wird, bis es dann schliesslich aus eigenen Ursachen seinen Untergang findet. Im übrigen können wir auf unsere obigen Ausführungen verweisen.

Somit dürfte dieser Punkt wohl als erledigt gelten. Da wir uns aber eine möglichst vielseitige Erörterung unserer Streitfrage zum Ziel gesetzt haben, mögen wir noch kurz in Betracht ziehen, was vor Büchel (Civilrechtl. Erörter. I), den man als den Schöpfer jenes Dogmas von der Fortdauer des Pfandrechts anzusehen hat, von den Verteidigern unserer Ansicht versucht worden ist, auf mögliche oder unmögliche Weise die in jenen Stellen enthaltenen augenscheinlichen Schwierigkeiten zu heben. Wir müssen dabei von vornherein bemerken, dass keine der gegebenen Interpretationen von durchschlagender Beweiskraft ist, und eine jede, mehr oder weniger, durch diesen oder jenen Umstand zweifelhaft wird.

Zunächst also ad 1 7 cit. Schon die älteren Juristen finden in dieser Stelle eine unüberwindbare Schwierigkeit und halten es, wenn nicht für widersprechend und absurd, so doch für höchst wunderbar, dass nach verjährter Haupt-

obligation die Verfolgung des accessorischen Pfandrechts gewährt werde. Sie bleiben daher auch grossenteils eine Erklärung dieser Stelle schuldig. So schreibt Georg Franzke (comment. in pand. lib. XX tit. 6 n. 170): Doctores hic varie desudant, et mirum sane videri possit, quod cum iure novissimo omnis actio personalis, etiam quae olim perpetua fuit, triginta annis tollatur, et ita obligatio principalis sublata sit, quomodo hypothecaria, tamquam accessoria subsistere, et per decennium ulterius durare possit. Noch drastischer geht Bachov (tract. de pignor. et hypoth. lib. V c. 3 § 4) vor, wenn er als Veranlassung jener Bestimmung die „ignorantia veteris iuris“ des Tribonian anführt. Schon einen schwachen Versuch einer Erklärung machen Hugo Donellus in comment. iur. civ. lib. XVI c. 26 § 8 — 10 (ebenso in comment. in Cod. 1 2 C. de luit. pign. p. 372) und Ludov. Mencke in introd. in doctr. de actionib. sect. 1. c. 2 membr. 9 § 17, in ähnlicher Weise auch später Löhr (a. a. O.), wenn sie die Stelle von einem Falle verstehen, in dem die Pfandklage verjährt sei, nicht aber die persönliche Klage. Sie setzen also eine Schuldklage voraus, deren Verjährung dadurch, dass der Schuldner entweder von Zeit zu Zeit Zinsen bezahlt oder einen neuen Schuldschein ausgestellt hat, verhindert worden ist. Jedoch von solcher Voraussetzung findet sich in dem Gesetz keine Spur. Justin verordnet einerseits nur, dass die Hypothekarklage gegen den Schuldner und dessen Erben 40 Jahre dauern soll, andererseits giebt er deutlich genug zu erkennen, dass dieses von der Dauer der persönlichen Klage nicht abhängig sein, vielmehr die letztere wie früher ihre besondere Verjährungszeit beibehalten soll: in actione scilicet personali his custodiendis, quae prisca constitutionum sanxit iustitia. Und wäre wirklich durch Ausstellung eines neuen Schuldscheins die Verjährung der persönlichen Klage unter-

brochen, so wäre doch dadurch auch die der Pfandklage unterbrochen. Diese Interpretation ist also vollständig zu verwerfen. Nichtsdestoweniger hat aber später Kierulff (Theorie des gem. Civilr. I S. 214) dieselbe wieder aufgenommen, unter ausdrücklicher Verwahrung gegen die Unterbrechung der Verjährung der Hypothekarklage. Gegen ihn ist, wie auch gegen Heimbach (Ztschrft. f. Civilr. u. Proz. I), nach dessen Meinung man hier an einen Fall denken müsse, wo für eine *naturalis obligatio* ein Pfand bestellt sei, zu sagen, dass der Ton der Stelle zu allgemein gehalten ist, als dass sie auf besondere Fälle, und womöglich noch solch' verwickelte, wie sie sich Kierulff denkt, gehen könnte.

Somit dürfte keine dieser bisherigen Interpretationen als durchschlagend und beweisend angesehen werden. Dasselbe gilt auch von den mannigfachen in betreff der 1 2 cit. Donellus (com. ad h. l.) weiss mit derselben nichts anders anzufangen, als sie für verderbt anzusehen und durch Einschreibung eines „non“ vor „durare“ zu berichtigen. Indes ist diese Emendation höchst willkürlich, auch setzt sie sich in direkten Widerspruch mit der obigen 1 7 cit.

Ebenso zu verwerfen ist die Erklärung von Cuiacius (observ. V. 32, womit zu vergleichen Giphanius ad 1 2 C. cit.); nach ihr soll an einen Fall zu denken sein, wie er in der vorhergehenden 1 1 C. ibid. von Severus vorkommt:

Qui pro porte heres extitit, nisi totum debitum exsolvat, suam portionem ex pignoribus recipere non potest.

Cuiacius will also herauslesen, dass das Pfand vollständig hafte, obwohl der Besitzer desselben, der Partialerbe des Verpfänders, seinen Teil der Schuld bezahlte. Aber abgesehen davon, dass dieser Fall auch nicht im mindesten in unserer Stelle erwähnt ist, dauert hier ja die

actio personalis, wenn auch nur gegen die Miterben, fort. Trotzdem billigen Schweppe (röm. Privatr. § 173 S. 379) und Mühlenbruch (doctr. pand. § 317) diese Erklärung auf nachdrücklichste, indem diese Stelle garnicht von der Verjährung verstanden werden könne, da zu Gordians Zeit von einer Klageverjährung noch keine Rede wäre. Jedoch dieser letztere Grund ist keineswegs richtig, da zu der Zeit, in der Gordian herrschte, doch eine Verjährung der temporales actiones stattfand, also unsere Stelle auf eine Verjährung wohl bezogen werden kann. Auch Löhr führt jenen Grund an und erklärt die Stelle ähnlich wie Linde (Lehrbuch des Civilprocesses S. 231) von einer von Anfang an nur als naturalis bestehenden obligatio. Dem gegenüber müssen wir aber behaupten, dass die Worte „durare“ und „submota“ unter allen Umständen auf das Fortbestehen des Pfandrechts nach weggefallener Klage deuten.

Auch die von Buchholtz (Jur. Abhandl. S. 391)¹⁾ gegebene Erklärung dürfte keine Billigung finden. Danach soll unsere 1 2 C. cit. von einem Fall zu verstehen sein, in welchem bei einer Mehreren zu verschiedenen Zeiten verpfändeten Sache das Forderungsrecht des älteren Pfandgläubigers durch Consolidation erloschen ist, gleichwohl aber das Pfandrecht in seiner Wirksamkeit gegen die nachstehenden Pfandgläubiger bestehen bleibt. Allein einem so complicierten Fall kann die allgemeine Fassung der Stelle unmöglich entsprechen.

Eine fernere von Sintenis (in Zu Rheins Jahrb. des Prozess. I S. 284) gegebene Erklärung, nach der die Stelle

1) Auch aus anderweiten von Prof. Dr. v. Buchholtz hinterlassenen handschriftlichen Aufzeichnungen hatten wir Gelegenheit, seine Ansicht, mit der er aufs energischste für die stärkere Wirkung eintritt, kennen zu lernen.

nur von einem Pfandkontrakt zu verstehen sei, ist später von Sintenis selbst (Pfandrecht S. 52) als unrichtig in jener Beschränkung und auf einem Irrtum beruhend widerrufen worden.

Für uns sind nun alle diese gezwungenen und leicht durch irgend einen Umstand ins Zweifelhafte zu ziehenden Interpretationen entbehrlich, denn mit unserer früher dargelegten Auffassung von den Voraussetzungen des Pfandrechts stimmen diese Stellen aufs beste überein.

Eine Stelle mag noch erwähnt sein, die geeignet sein dürfte, unsere Ansicht von der vollständigen Vernichtung des Rechts durch die Verjährung zu unterstützen. Es ist die l 26 pr. C. de usur. 4.32. Danach soll das Recht auf rückständige Zinsen, wenngleich für diese die Verjährungszeit noch nicht abgelaufen ist, durch die Verjährung der Hauptschuld erlöschen. So aber konnte man nur verordnen, wenn man mit der Verjährung der principalen Obligation jede rechtliche Wirksamkeit derselben aufhören lassen wollte. Wäre wirklich eine *naturalis obligatio* zurückgeblieben, so wäre diese eine genügende Basis für das Fortleben der Zinsverbindlichkeit gewesen, und zwar einer klagbaren, da für die Klagbarkeit der Zinsen keineswegs Klagbarkeit der principalen Forderung notwendiges Erfordernis ist.

IV.

Was von indirekten Beweisen die Gegner für ihre Meinung anzuführen haben, soll in diesem Teil zur Erörterung kommen und zu widerlegen versucht werden. Daran wird sich dann eine Betrachtung über die indirekten Beweise für die hier verteidigte Theorie knüpfen.

Zunächst berufen sich die Gegner (Savigny a. a. O. S. 379, Francke, civil. Abhandl. S. 75 ff., Rosshirt, Ztschrft.

f. Civil- und Criminalr. I S. 160, Keller, Litiskontest. S. 159) auf die Analogie der alten Prozessverjährung und halten es für willkürlich und unnatürlich, wenn die beiden so nahe verwandten Rechtsinstitute der Klage- und Prozessverjährung eine verschiedene praktische Behandlung erfahren sollten. Dabei gehen sie davon aus, dass durch die Verjährung des Prozesses die obligatio als naturalis mit allen ihren Wirkungen ausser der Rechtsverfolgung vermittelt einer Klage fortbestehe. So sicher sie auch dieses Resultat hinstellen, so fehlt es doch nicht an Stimmen, die sich für die entgegengesetzte Ansicht bei der Prozessverjährung aussprechen. So glauben Linde (Ztschr. f. Civilr. u. Prozess II) Büchel (a. a. O. II S. 117) eine Erlöschung des ganzen Rechts bei der Prozessverjährung annehmen zu müssen. Es wäre also höchst misslich, einen streitigen Punkt durch einen ebenso streitigen unterstützen zu wollen. Aber für welche Ansicht in betreff der Wirkung der Prozessverjährung man sich auch entscheiden mag, einen Schluss von ihr auf die Klageverjährung zu ziehen, ist nie und nimmer gestattet. Denn worin sollten die beiden Institute wohl vergleichbar sein? Die Prozessverjährung tritt ein, auch wenn der Kläger thätig gewesen und es ihm nicht gelungen ist, während der bestimmten Frist ein Urteil vom iudex zu erwirken, die Klageverjährung dagegen, weil die bestimmte Zeit unbenutzt abgelaufen ist. Diese bezieht sich auf eine Obligation, die schon eine Zeitlang existiert hat, und hebt deren Wirkung auf, die Prozessverjährung dagegen bethätigt nicht ihre Kraft in der Vernichtung des Bestehenden, sondern hindert, dass der durch die Litiskontestation bedingt entstandene Anspruch des Klägers auf Verurteilung des Beklagten in unbedingte Wirksamkeit tritt, m. a. W. sie verhindert das Entstehen der neuen Prozessobligation, kraft deren der Kläger mit der actio iudicati seinen An-

spruch verfolgen kann. Solche Gründe nun dürften genügen, eine Zusammenstellung der Klage- und Prozessverjährung auszuschliessen.

Ebenso ist die von den Gegnern herangezogene Analogie der persönlichen Klagen mit den *actiones in rem* in betreff der Wirksamkeit der Verjährung unzulässig. Man behauptet nämlich: Da die Verjährung der *actiones in rem* dem Berechtigten nicht alles entziehe, was er habe, sondern nur den Schutz der Klage, so sei es ganz konsequent, genau denselben Erfolg auch bei den verjährten persönlichen Klagen eintreten zu lassen (Savigny a. a. O. S. 380, ebenso Rosshirt a. a. O. S. 170). Dabei verlieren die Gegner aber ganz und gar den Unterschied zwischen persönlichen und dinglichen Klagen aus dem Auge. Sind jene mit dem persönlichen Recht, dessen Schutz sie bezwecken, aufs engste verbunden, so besteht zwischen diesen und dem dinglichen Recht ein loserer Zusammenhang. Ist doch ein charakteristisches Merkmal der Obligationen, dass bei ihnen das Recht des Klägers mit der *actio* nahezu identisch ist (vgl. auch die hierauf bezüglichen Ausführungen in Teil II). Denn besteht ihr Wesen darin: *ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum* (l. 3 pr. de obl. et act. 44.7), so ergibt sich daraus nichts anderes als die Befugnis, dem Schuldner seine Leistung abzufordern. Da dieser Zwang wesentlich nur im Wege der gerichtlichen Klage realisiert werden kann, so ist damit die Einheit der Obligation mit der aus ihr entspringenden *actio* zugestanden. In ihr concentriert sich also die Kraft der *obligatio*. Nicht so das dingliche Recht. Dieses erschöpft sich nicht in der aus ihm hervorgehenden Klage, letztere ist vielmehr nur eine von mehreren Wirkungen des Rechts. Ist bei dem persönlichen Recht von vornherein ein bestimmter Gegner gegeben, von welchem es abhängt, ob dem Gläubiger sein

Recht wird oder nicht, so besteht das dingliche Recht ohne Mitwirkung eines andern. Hier bedarf es daher der Klage, nicht um dem Rechte erst zu seiner Verwirklichung zu verhelfen, sondern um den gewaltsamen Eingriff, den das Recht erfahren hat, zu beseitigen. Ausser dem Verletzer gegenüber besteht das Recht in alter Vollkommenheit, und es ist sonach selbstverständlich, dass mit der Verjährung der Klage gegen diesen Verletzer nicht auch das Recht gegen alle übrigen untergeht. Anders bei dem persönlichen Recht. Dieses besteht allein dem Verpflichteten gegenüber, auf seine Mitwirkung kommt alles an; leistet er dieselbe nicht, so ist das Mittel, sie zu erzwingen, die Klage; ist diese verjährt, untergegangen, so kann auch keine Rede mehr von dem derselben zu Grunde liegenden Recht sein. Die Verschiedenheit der Wirkung der Verjährung der dinglichen und persönlichen Klagen ist demnach eine durchaus notwendige und nicht zuviel hat Bekker (a. a. O. S. 414) behauptet, wenn er meint, dass sich das eben geprüfte Argument in unserer Hand umdreht und wider die Gegner richtet.

Das geschilderte Verhältniss von persönlichem Recht und persönlicher Klage dient auch zur Entkräftung eines andern von den Gegnern vorgebrachten Arguments, dass nämlich die Klageverjährung eben nur eine Verjährung der Klage sei und daher das derselben zu Grunde liegende Recht völlig unberührt lasse. Hierfür treten besonders Savigny (a. a. O. S. 381) und Puchta (Pand. § 92) ein, welch' letzterer meint, dass es eine Willkürlichkeit wäre und über die Natur des Instituts hinausginge, wenn man aus der Verjährung der Klage die Aufhebung des Rechts folgerte. Nach unsern obigen Ausführungen von der Iden-

tität der actio und obligatio dürfte aber solch' eine Willkürlichkeit nicht vorliegen¹⁾.

Nicht stichhaltiger ist ein anderer allgemeiner Grund für die schwächere Wirkung. Göschen (Vorles. über das gem. Civilr. I S. 446) und Savigny (a. a. O. S. 380) meinen nämlich: da allgemein anerkannt sei, dass für die ursprüngliche naturalis obligatio eine Verjährung niemals eintreten könne, so wäre es eine nicht zu rechtfertigende Härte, denjenigen Gläubiger, der seine Klage durch Verjährung verloren hat, in eine schlimmere Lage zu versetzen als die Lage desjenigen ist, welcher niemals eine Klage hatte. Jedoch — hat man allgemein darauf erwidert — diese scheinbare Härte verschwindet, wenn man bedenkt, dass jener es in seiner Gewalt hat, Befriedigung zu verlangen; hat er doch dazu regelmässig volle 30 Jahre, beinahe ein ganzes Menschenalter, Zeit. Geht also die Klage in dieser Frist durch Verjährung unter, so hat er sich den Verlust selbst zuzuschreiben. Die Entziehung der Möglichkeit, von seinem Rechte Gebrauch zu machen, ist nach so langer Zeit des Nichtgebrauchs also vollständig gerechtfertigt. Anders bei dem naturalen Gläubiger. Dieser kann garnicht selbständig vorgehen, sondern muss warten, bis sich ihm eine zufällige Gelegenheit, seinen Anspruch geltend zu machen, darbietet.

So widerlegt sich diese Argumentation der Gegner von selbst, die Savigny allerdings auch schon als „entferntere Bestätigung“ seiner Ansicht anführt. Ganz aufgegeben hat derselbe (S. 381) ein weiteres Argument, das besonders von

1) Anders begegnet Kierulff (Theorie des gemeinen Civilr. S. 212) dieser Argumentation der Gegner: nach ihrer Ansicht müsste konsequent jede exceptio nur den Verlust der actio zur Folge haben, da eine jede unmittelbar nur gegen die actio gerichtet wäre,

älteren Verteidigern der hier bekämpften Ansicht (Weber, Guyet, Glück, Mackeldey) oft und gern angeführt wurde. Indem sie sich nämlich auf l 5 § 6 de dol. m. et met. exc. 44.4 beriefen, folgerten sie aus der Unverjährbarkeit der Einreden die schwächere Wirkung der Klageverjährung. Mit Savigny haben dieses Beweismittel wohl auch alle andern neueren Verteidiger der entgegengesetzten Theorie verworfen, und wir können demnach dasselbe hier übergehen und verweisen nur auf die ausführlichen widerlegenden Erörterungen bei Büchel (a. a. O. S. 4 ff.) und Windscheid (Pand. § 112 Anm. 5).

Was nun die indirekten Beweise für die hier verteidigte Ansicht anbetrifft, so ist zunächst darauf aufmerksam gemacht worden, dass durch die Verjährung eine *peremptoria exceptio* begründet wird. Der Charakter der *exceptiones peremptoriae* besteht aber regelmässig darin, den gesamten Anspruch des Berechtigten gegen den Verpflichteten und die Schuld des Letzteren völlig zu vernichten. Eine Obligation, welcher eine derartige *exceptio* entgegensteht, ist ihren sämtlichen Wirkungen nach aufgehoben: es kann daraus mit Erfolg nicht mehr geklagt, nicht kompensiert, nicht retiniert werden, es kann daran kein accessorisches Geschäft, wie Pfandrecht, Bürgschaft geknüpft werden. Die obligatio ist also *inanis*, *quasi nulla*¹⁾ Da nun die Quellen nirgends andeuten, dass bei der Klageverjährung jene regelmässige Wirkung der *peremptoria exceptio* be-

1) l 8 § 9 D. ad sc. Vellei. 16.1.

l 25 D. de v. o. 45.1.

l 55 D. de v. sig. 50.16.

l 5 § 1 D. de act. emt. vend. 19.1.

l 14 D. de comp. 16.2.

l 2 D. quae res pign. 20.3.

l 3 § 1 D. de pec. const. 13.5 u. a.

schränkt sei, so ist zu folgern, dass auch die *exceptio temporis* nicht nur die Klage, sondern das gesamte Recht vernichtet.

Dieser Argumentation hat man nun von gegnerischer Seite auf mannigfache Weise zu begegnen versucht. Zunächst stellte man folgende Regel auf: Ist die *exceptio* vorzugsweise zum Vorteil und zur Begünstigung des Schuldners (in *favorem debitoris*) gegeben, so hebt sie das ganze Recht auf, bezweckt sie dagegen den Nachteil oder die Strafe des Gläubigers (in *odium creditoris*), so lässt sie eine *naturalis obligatio* fort dauern. Da nun offenbar die *exceptio temporis* in *odium creditoris* *introducata est*, manet *naturalis obligatio*. Jene Regel findet sich in drei Stellen: in 1 19 D. de cond. indeb. 12.6 (Pomponius), 1 40 D. h. t. (Marcianus) und 1 9 § 4 D. ad sc. Maced. 14.6 (Ulpianus). Jedoch zeigt sich bei näherer Betrachtung, dass dieselbe kein allgemeines Princip ausspricht. Denn sie ist keineswegs überall in der Anwendung anerkannt: so erwirken z. B. schon die *exceptio doli* und *metus*, obwohl sie in *odium creditoris* *introducatae sunt*, Aufhebung des ganzen Rechts. Man muss also auf den Gedanken kommen, dass den drei Juristen, von denen wohl einer dem andern gefolgt zu sein scheint, blos einzelne Fälle von verschiedenem praktischen Erfolge vorgeschwebt haben, und zwar die *exceptio sc. Maced.* und *Velleian.* Dies ist um so mehr anzunehmen, als in zwei von den drei Stellen direkt von diesen beiden Senatuskonsulten gesprochen wird, und die dritte losgerissene Stelle wohl aus gleichem Zusammenhange herrührt. Aus den für jene beiden Exceptionen geltenden Normen abstrahierten die Juristen eine allgemeine Regel, unbekümmert um die Anwendbarkeit auf andere ungleichartige Fälle. Werden sonach schon an der Wahrheit der Regel Bedenken laut, so ergibt sich selbst bei angenommener

Richtigkeit derselben, dass sie keineswegs geeignet ist, unsere Ansicht zu widerlegen. Denn die *exceptio temporis* ist garnicht in *odium creditoris* gegeben, sie bezweckt garnicht eine Bestrafung des Gläubigers. Was sollte denn gestraft werden? Hat etwa der Staat ein solches Interesse an der Realisierung von privatrechtlichen Ansprüchen, dass er ihre Verzögerung mit einer Strafe zu belegen Veranlassung hat oder liegt etwa in der Nichtanstellung einer zuständigen Klage eine strafbare Handlung? *Qui iure suo utitur, nemini facit iniuriam* ist ein unumstösslicher Grundsatz. Nun müssen wir aber zugestehen, dass der, welcher sein Recht garnicht gebraucht, noch viel weniger in die Lage kommt, jemand zu verletzen. Es ist also durchaus keine Ursache vorhanden, ihn zu bestrafen. Die Behauptung mancher, dass die Gewährung der *exceptio temporis* ihren Grund in der Bestrafung der Nachlässigkeit habe, ist somit zurückzuweisen, zumal auch nach Quellenaussprüchen, wie wir unten sehen werden, der einzige wahre Grund der Einführung der Verjährung in einem rechtspolitischen Zweck zu suchen ist. Wenn daneben in manchen Stellen die *desidia actoris* erwähnt und ein Unterschied zwischen saumseligen und wachsamen Gläubigern (*inter desides et vigilantes*) gemacht wird, so geschieht dies nicht im Sinne der Aufstellung eines Grundes für die Klageverjährung, sondern nur zum Zweck der näheren Motivierung der Klageverjährung, zur Rechtfertigung derselben, damit sie nicht als Unbilligkeit und Härte gegen den Gläubiger erscheine. Wäre wirklich die Klageverjährung ihrem Grunde und Zwecke nach als *poena negligentiae* des Gläubigers zu betrachten, so liesse sie sich schwerlich mit dem Grundsatz, dass es jedem freisteht, von seinem Rechte Gebrauch zu machen oder nicht, vereinigen. Es ist demnach unsere Behauptung von der stärkeren Wirkung der *exceptio temporis* durch

obige Argumentation nicht für widerlegt zu erachten, wobei es gleichgiltig ist, ob man sich für die Richtigkeit oder Unrichtigkeit jener Regel in betreff der Einteilung der exceptiones „in favorem debitoris“ und „in odium creditoris“ entscheidet. Savigny (a. a. O. S. 378) jedenfalls und andere neuere Verteidiger der entgegengesetzten Theorie verwerfen dieselbe ganz und suchen daher auf andere Weise unsere Behauptung zu entkräften. An die Stelle jener Regel setzen sie eine andere, welche folgendermassen lautet: Wenn die exceptio sich lediglich auf römisches ius civile gründet, so zerstört sie nur den civilen, gründet sie sich dagegen auf das ius gentium, so zerstört sie auch den naturalen Bestandteil der Obligation. Dagegen ist nun mehreres zu erwähnen. Einmal ist sie in praxi durchaus unbrauchbar, weil sie dem Streite darüber Thür und Thor öffnet, welche Einreden iuris gentium seien, welche nicht. Sodann geht sie davon aus, dass die exceptio eine aus einem naturalen und civilen Elemente bestehende Obligation vorfinde. Allein wie, wenn von vornherein die Existenz des klägerischen Rechts ebenso sehr und in ebenso prägnantem Sinn auf dem positiven Recht beruht wie die exceptio? Hat dann das positive Recht in der actio mehr erzeugt, als es in der exceptio zerstört? Diese Lehre, dass jede Obligation ein civiles und ein naturales Element enthält, und dass, wenn eins von beiden vernichtet wird, das andere allein bestehen bleibt, ist schon oft bekämpft worden; wir verweisen daher auf die darauf bezüglichen Ausführungen bei Bekker (a. a. O. S. 400 ff. 415 ff.). Aber abgesehen hievon, die Savigny'sche Regel entbehrt jedes gesetzlichen Grundes und der inneren Wahrheit. Zur Bestätigung seiner Ansicht führt Savigny fünf Exceptionen an, die auf römischem ius civile beruhend, Raum für eine naturalis obligatio lassen, nämlich:

exceptio sc. Macedoniani
 exceptio rei iudicatae
 retorsio ob ius iniquum
 exceptio beneficii competentiae
 und Einrede wegen Prozessverjährung.

Dagegen lassen die auf das ius gentium gegründeten

exceptio pacti
 exceptio doli
 exceptio iurisiurandi

keine naturalis obligatio übrig. Als einzige Ausnahme, welche aber nicht geeignet sei, die Wahrheit der aufgestellten Regel zweifelhaft zu machen, führt er die exceptio sc. Velleiani an, welche, obwohl positiven Ursprungs, doch die naturalis obligatio vernichte. Da nun die exceptio temporis dem ius positivum entsprungen ist, müsse auf Grund jener Regel neben ihr eine naturalis obligatio übrig bleiben. Gegen diese Ausführung von Savigny ist nun folgendes zu bemerken. Die zur Bestätigung der Meinung, dass die auf dem ius civile beruhenden exceptiones eine naturalis obligatio übrig lassen, angeführten fünf Beispiele sind nicht durchweg richtig. Denn die exceptio rei iudicatae, welche von jeher in betreff ihrer Wirkung Gegenstand lebhaftester Controverse gewesen ist, was Savigny selbst anerkennt, lässt nach richtiger Ansicht wohl keine naturalis obligatio übrig. Ferner scheidet aus dieser Zahl die exceptio competentiae aus, da sie ihrem Begriff nach nicht als exceptio gegen die Obligation, sondern gegen die Exekution anzusehen ist. Die Zahl der wirklich vollgiltigen Beispiele würde also auf drei zusammenschmelzen, die aber nicht genügen dürften, eine Theorie zu stützen, um so weniger, als ihnen ebensoviel Ausnahmen gegenüberstehen, nämlich die schon von Savigny angeführte exceptio sc. Velleiani,

ferner die *exceptio rei iudicatae* und die von Savigny ganz übergangene *exceptio legis Cinciae*, welche gewiss einen ganz positiven Ursprung hat und dennoch alle Wirkungen der *obligatio* ausschliesst¹⁾. Andererseits dürften auch die als Beweis für die stärkere Wirkung der auf *ius gentium* beruhenden Exceptionen angeführte *exceptio pacti* und *exceptio iurisiurandi* nicht ganz stichhaltig sein. Denn man wird sagen müssen, dass dieselben, je nach dem Inhalt von Vertrag und Eid, bald stärker bald schwächer wirken. Aus alledem wird es also klar, dass es in betreff der Wirkung einer *exceptio* keineswegs darauf ankommt, ob dieselbe *iuris gentium* ist oder nicht. Ist aber diese Voraussetzung irrig, so fällt auch die Anwendung derselben, dass die *exceptio temporis*, weil sie ganz dem positiven Recht angehöre, eine *naturalis obligatio* übrig lasse. Wir müssen demnach unsere obige Behauptung aufrecht erhalten und auch der Verjährungseinrede die regelmässige Wirkung der *exceptiones perpetuae*, also Vernichtung des gesamten Rechts, zuerkennen.

Wir kommen zum Schluss unserer Abhandlung zu einem Argument, das wohl das allerwichtigste für unsere Ansicht ist und in dem vorzugsweise auch die letzte Entscheidung des Streites zu suchen ist, zu dem Zweck der Verjährung. Wohl ist es richtig, dass zunächst jede Rechtsfrage aus den Quellen selbst zu entscheiden ist, doch darf man dabei nicht jenen mächtigen „subsidiären Entscheidungsgrund“ zur Deutung eines bestrittenen positiven Gesetzes ausser

1) Vat. fragm. § 266: *Indebitum solutum accipimus, non solum si omnino non debebatur, sed et si per aliquam exceptionem peti non poterat, id est, perpetuam exceptionem. Quare hoc quoque repeti poterit, si quis perpetua exceptione tutus solverit. Unde, si quis contra legem Cinciam obligatus non excepto solverit, debuit dici, repetere eum posse.*

Acht lassen, der in der Uebereinstimmung der einen oder andern Interpretation mit dem Begriff und Zweck des betreffenden Rechtsinstitutes liegt. Wenn sich für die Auslegung eines Gesetzes zwei Ansichten gegenüberstehen, und beiden Anerkennung nicht zu versagen ist, so wird doch stets derjenigen der Vorzug einzuräumen sein, welche mit dem Wesen des fraglichen Instituts, mit der *ratio legis*, übereinstimmt. Wir haben oben bei der Interpretation der mannigfachen, nicht immer ganz klar und deutlich sprechenden Gesetzesstellen uns stets für die Ansicht ausgesprochen, welche die stärkere Wirkung der Klageverjährung verteidigt; es waren dafür Gründe mannigfacher Art bestimmend. Wir haben jetzt Ursache, diese Ansicht für die allein richtige zu halten, wenn wir uns den Zweck der Verjährung vergegenwärtigen. Und worin besteht dieser? Doch wohl hauptsächlich und vor allem darin, Festigkeit und Sicherheit der Rechtsverhältnisse zu bewirken. Als ein notwendiges Erfordernis müssen wir es ansehen, dass ein Zustand, der lange Zeit unangefochten existiert hat, schliesslich nicht mehr umgestossen werden darf. Denn die bestehenden Verhältnisse sind das Fundament geworden für alle späteren Rechtsgeschäfte, ja für unsere ganze vermögensrechtliche Existenz. Wir haben uns mit der Zeit immer mehr in den bisherigen Zustand eingelebt und im Glauben an die Dauer desselben unsere Einrichtungen getroffen. Erfährt dieses Fundament nun durch eine wirksam vorgebrachte Klage eine Aenderung, so stürzt natürlich alles darauf Gebaute nach. Dies wird um so unangenehmer empfunden werden, je länger jener Zustand ruhig und unbehelligt bestanden hat, da man annehmen muss, dass nach längerer Zeit sich auch der Kreis der auf jenem basierenden Verhältnisse vergrössert hat. Es erscheint also als unumgänglich notwendig, dass endlich einmal, nach Ablauf einer

bestimmten Zeit, die bestehenden Verhältnisse gegen alle erhobenen Ansprüche, mögen sie begründet oder unbegründet sein, gesichert werden, m. a. W., dass der Staat nach einer bestimmten Frist seine Mithilfe bei Abänderung bestehender Zustände versagt, um so einen ruhigen Besitzstand zu sichern und Stockungen im Umlauf des Verkehrs zu vermeiden. Nur auf solche Weise wird es dann möglich werden, in die Verhältnisse der Menschen Sicherheit zu bringen und Streitigkeiten über weit in der Vergangenheit und Vergessenheit liegende Thatsachen zu beseitigen. Solche Utilitätsrück-sichten¹⁾ sind es denn auch, aus denen uns die römischen Schriftsteller die Verjährung erklären. So sagt schon Cicero (pro Caecina cap. 26):

Usucapio hoc est finis sollicitudinis et periculi
litium.

Von demselben Standpunkt betrachten auch die juristischen Klassiker die Verjährung. So Gaius Inst. II. 44:

— — — ne rerum dominia diutius in incerto
essent

und in 1 1 D. de usurp. 41.3:

Bono publico usucapio introducta est, ne scilicet
quarundam rerum diu et fere semper incerta domi-
nia essent.

Neratius in 1 5 pr. D. pro suo 41.10:

Usucapio rerum constituta est, ut aliquis
litium finis esset.

Paulus in 1 2 pr. D. de aqu. 39.3:

— — — minuendarum litium causa.

1) Von demselben Gesichtspunkt nennt auch Kant: Meta-
physische Anfangsgründe der Rechtslehre, die Ersitzung „ein Postu-
lat der rechtlich praktischen Vernunft.“

Freilich sprechen alle angeführten Stellen von der *usucapio*, doch werden wir kein Bedenken tragen, dieselben Motive auch bei der Klageverjährung vorauszusetzen, da diese, wie wir oben (Teil I) gesehen, allmählich aus der Ersitzungsidee hervorgewachsen ist. Auch hier ist alleiniger Hauptzweck das öffentliche Interesse, mit den Rechtsstreiten über veraltete und durch die Zeit verdunkelte Thatsachen aufzuräumen, und die billige Rücksicht, dem bisherigen Zustand endlich einen durchgreifenden, dauerhaften Schutz angedeihen zu lassen. Ganz in diesem Sinne sprechen denn auch die Kaiser von der Klageverjährung. So sagt Valentinian III¹⁾:

Quis ferat, institui iurgia, quae avi et proavi nescierunt? quae alia improbum litigatorem tam valida defensio submovebit, si possessorem nec saecula in infinitum transacta defendunt?

und fährt dann in § 3 der Novelle fort:

Ad quam benevolentiam praecipue nos hortata est lex domini patris clementiae meae Theodosii perennis Augusti, qua, virtutum suarum morem secutus, humano generi profunda quiete prospexit, constituens, post triginta annos nulla penitus iurgia, quae medio tempore mota non fuerant, excitari.

Zum Schluss spricht er dann die Ermahnung aus, durch Verbreitung des Gesetzes dafür zu sorgen,

ut post triginta annos perniciose diversarum omnium causarum propositio conquiescat.

Ebenso stellt Anastasius in l 4 C. de praescr. XXX vel XXXX ann. 7.39, nachdem er sich gegen eine Beschrän-

1) Nov. Valentin. tit. XXVI.

kung der Klageverjährung ausgesprochen, das, was durch dieselbe bewirkt werden soll, in folgenden Worten dar:

Sed quicumque super quolibet iure, quod per memoratum tempus inconcussum et sine ulla re ipsa illata iudiciaria conventionem possedit, superque sua conditione, qua per idem tempus absque ulla iudiciali sententia simili munitione potitus est, sit liber et praesentis saluberrimae legis plenissima munitione securus.

Justin giebt in l 7 pr. h. t. als Grund seiner Verordnung der Verjährung der actio hypothecaria an,

ne possessores eiusmodi prope immortali timore teneantur.

Justinian endlich schafft in Nov. 111 die hundertjährige Verjährung für Kirchen ab in Rücksicht auf die vielfachen Uebelstände, die dieselbe zur Folge gehabt,

quoniam per tantum saeculi magis quam temporis spatium nec documentis integritas nec actis fides nec aetas valet testibus suffragari.

Besteht nach alledem der eigentliche Endzweck der Klageverjährung darin, Rechtsfrieden und Rechtssicherheit herzustellen und so jede rechtliche Ungewissheit über das Dasein oder Nichtdasein des Rechts zwischen dem Klagberechtigten und dem mit der Klage zu Belangenden zu beseitigen, so ist es klar, dass solches schwerlich mit der blossen Vernichtung der actio erzielt werden kann. Denn da es dem Gläubiger gestattet wäre, exceptionsweise seinen Anspruch geltend zu machen, so würde nunmehr, nur auf andere Weise, der Anspruch wieder in Anregung gebracht werden, und um den ganzen praktischen Wert des Verjährungsinstitutes wäre es geschehen. Wäre also die Mei-

nung der Gegner richtig, so wäre die Klageverjährung nur ein sehr kümmerliches und seinem Zweck keineswegs entsprechendes Institut. So drängt uns also auch die Tendenz der Verjährung zu der Ansicht, dass nach Ablauf der Präskriptionsfrist die obligatio ihrem ganzen Bestande nach untergegangen ist.

Das Ergebnis unserer Abhandlung ist nun folgendes: Die Klageverjährung hebt die obligatio auf, diese kann sich daher rechtlich nicht mehr bethätigen. Da jedoch keine materielle Befriedigung erfolgt, wird das vor Eintritt der Verjährung eingegangene constitutum und pignus nicht aufgehoben. Billigkeits- und Nützlichkeitsgründe sprechen für die Zulassung der Compensation der verjährten Forderung mit einer vor ihrer Verjährung bereits vorhandenen Gegenforderung.

V.

Da unsere Frage von hoher praktischer Wichtigkeit ist, so dürfte es wohl am Platze sein, zu untersuchen, welche Behandlung sie in der Rechtsprechung der höchsten Gerichtshöfe und in der neueren Legislatur gefunden hat.

Während in der Theorie in betreff unserer Controverse noch bis heutigen Tages keine Einigung erzielt ist, hat die Praxis schon seit langem ihre Entscheidung getroffen und zwar zu Gunsten der stärkeren Wirkung der Klageverjährung. Es wird anerkannt, dass das Forderungsrecht selbst erloschen ist. Dasselbe kann also nicht mehr die Grundlage für Pfandrecht oder Bürgschaft bilden. Allerdings bleiben accessorische Verbindlichkeiten, die vorher bei gültiger Schuld eingegangen sind, trotz des nachherigen Erlöschens der principalen Forderung bestehen. Dagegen kann die verjährte Forderung nicht zur Compensation benutzt werden, ausser für den Fall, dass die eingeklagte

Forderung zu einer Zeit entstanden ist, wo die zur Compensation zu bringende Gegenforderung noch nicht verjährt ist. Abweichend vom römischen Recht aber wird fast allgemein die Rückforderung des in Unkenntnis der eingetretenen Verjährung Geleisteten ausgeschlossen (vgl. die obige darauf bezügliche Ausführung in Teil II) und zwar mit der Motivierung, dass es unserm natürlichen Rechtsgefühl entspricht, in der verjährten Schuld doch noch immer eine Schuld zu sehen und daher in der Erfüllung derselben nicht die Leistung eines indebitum, die zur Rückforderung berechtigt. In diesem Sinne¹⁾ entscheidet schon ein

sächsisches Generale v. 14. Dezember 1801,

dann das

OAG zu Dresden, Erk. v. 13. April 1837,

der Berliner Cassations- und Revisionshof, Erk. v. 29. September 1848,

Obertribunal zu Berlin, Erk. v. 8. Juni 1853,

OAG zu Dresden, Erk. vom Januar 1855 und 26. Januar 1859,

OAG zu Cassel, Erk. v. 13. Februar 1860,

der Cassationshof zu Wolfenbüttel, Erk. v. 23. Dezember 1861,

OAG zu Berlin, Erk. v. 23. Juni 1871,

Obertribunal zu Berlin, Erk. v. 3. Mai 1877,

Reichsgericht, Urt. v. 10. Dezember 1879 und 11. Juni 1880,

OLG zu Hamburg, Urt. v. 1. April 1884

Reichsgericht, Urt. v. 1. Oktober 1884 und 18. April 1885.

Was die neueren Gesetzgebungen anbetrifft, so stimmen von den in Betracht kommenden alle mit unserem Ergebnis

1) Von entgegengesetzten Entscheidungen konnten wir nur ausfindig machen das Erkenntnis v. 14. Juli 1847 des OAG zu Celle.

überein ausser der englischen, welche der Klageverjährung die schwächere Wirkung zuerkennt (vgl. Byles A treatise of the law of bills of exchange p. 339: „The Statute of Limitations does not destroy a debt, but only bars the remedy“). So hat das preussische Landrecht oft und entschieden ausgesprochen, dass die Wirkung der vollendeten Verjährung in der Aufhebung des Rechts bestehen soll. So

I 9 § 501:

Durch die Verjährung können sowohl Rechte, die jemand gehabt hat, verloren werden, als neue Rechte erworben werden.

I 9 § 502:

Soll durch Verjährung nur ein Recht verloren und der Verpflichtete bloß von der daraus fließenden Verbindlichkeit frei werden, so ist in der Regel der Nichtgebrauch des Rechts dazu hinreichend.

I 9 § 564:

Ist die Verjährung bereits vollendet, so hebt ein Anerkenntnis des erloschenen Rechts die Wirkung nur insofern auf, als aus diesem Anerkenntnis nach den Gesetzen ein neuer Rechtsgrund entsteht.

I 16 § 7:

Rechte erlöschen durch Verjährung

Hiemit stimmen allerdings nicht überein:

I 9 § 568:

Die vollendete Verjährung durch Nichtgebrauch wirkt die rechtliche Vermutung, dass die ehemals entstandene Verbindlichkeit in der Zwischenzeit auf eine oder die andere Weise gehoben worden.

und I 9 § 569:

Diese Vermutung kann nur durch den vollständigen

Beweis, dass der andere unredlicher Weise und gegen besseres Wissen von seiner noch fortwährenden Verbindlichkeit, sich der Erfüllung derselben entziehen wolle, entkräftet werden.

Diese Bestimmungen heben jedoch die materielle Wirkung der Verjährung auf den Bestand der Rechte nicht auf, sondern stellen nur infolge der zur Zeit der Redaktion des A.L.R. herrschenden falschen Theorie, welche man aus dem kanonischen Recht (cap. 5, 20 X de praescr. 2.26) entnahm, das Erfordernis des guten Glaubens für die Extinktivverjährung auf. Dass wir solche, mit einander unvereinbare Bestimmungen überhaupt im A.L.R. finden, lässt sich nur durch ein Versehen erklären, da sich aus den veröffentlichten Materialien ergibt, dass die §§ 568, 569 nicht gleichzeitig mit den übrigen Bestimmungen des Tit. 9 entstanden, sondern erst nachträglich in das Gesetzbuch eingeschoben worden sind.

Ueber die Compensation einer verjährten Forderung handelt

I 16 § 377:

Dass zur Zeit der eingeklagten Forderung die Gegenforderung schon verjährt ist, hindert die Compensation nicht, wenn nur zu der Zeit, da die erstere zahlbar war, die Verjährung der letzteren noch nicht vollendet gewesen ist.

Aus dieser Bestimmung ergibt sich, dass, wenn die Verjährung der Gegenforderung schon vor der Zahlbarkeit der eingeklagten Forderung eingetreten ist, die Compensation unzulässig ist.

Was die Bestellung eines Pfandes oder einer Bürgschaft für eine schon verjährte Forderung betrifft, so enthält das

A.L.R. darüber zwar keine ausdrückliche Bestimmung. Jedoch ist aus

I 14 § 251:

Soweit die Forderung des Gläubigers an den Hauptschuldner ganz ungiltig ist, soweit ist auch die dafür geleistete Bürgschaft ungiltig.

und I 20 § 12:

Ist der Anspruch in sich ungiltig, so ist auch die dafür bestellte Sicherheit ohne Wirkung.

zu folgern, dass eine Pfand- oder Bürgschaftsbestellung für eine schon verjährte Forderung ungiltig ist.

Nach

I 20 § 246:

So lange das Pfand als ein solches sich auch im Besitze des Gläubigers befindet, kann das Pfandrecht desselben durch keine Verjährung verloren gehen

schadet die Verjährung der versicherten Forderung dem Rechte des Pfandgläubigers an dem in seinem Besitz befindlichen Pfande nichts.

Ist die Bürgschaft schon vor Eintritt der Verjährung der Hauptschuld eingegangen, so geht mit dem Erlöschen des Rechts auch die Bürgschaft unter, da jede Thatsache, welche den objektiven Bestand der Hauptschuld ergreift, auch auf die Bürgschaft wirkt, wie es I 14 § 391 bestimmt:

Die Verjährung, welche den Hauptschuldner von seiner Verbindlichkeit befreit, hebt auch die Verbindlichkeit des Bürgen auf.

Jedoch kann sich der selbstschuldnerische Bürge durch den Einwand einer bloß in Ansehung des Hauptschuldners

abgelaufenen Verjährung gegen die Geltendmachung des Bürgschaftsanspruches nicht schützen. (Vgl. A.L.R. I. 14. § 393, Urteil des Reichsgerichts v. 11. Febr. 1881, Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. IV Nr. 66 S. 236 fg.)

Nach I 16, §§ 178, 179, 180 ist die *condictio indebiti* ausgeschlossen, weil, wenn auch mit dem Ablauf der Verjährungsfrist die Zwangsverbindlichkeit des ursprünglichen Schuldners für aufgehoben angesehen werden muss, dennoch eine „moralische Pflicht“ verbleibt, vermöge deren die Rückforderung des Gezahlten nicht gestattet werden kann.

Dieselbe Bestimmung wie A.L.R. trifft in betreff der Compensation mit verjährten Forderungen aus der Seeversicherung das deutsche Handelsgesetzbuch in

Art. 911:

Eine Forderung, welche verjährt ist, kann auch im Wege der Compensation oder sonst als Gegenforderung nicht geltend gemacht werden, wenn sie zur Zeit der Entstehung der anderen Forderung bereits verjährt war.

Auch die einzelnen deutschen Landesgesetze (mit Ausnahme einer Verordnung für Mecklenburg-Schwerin und Mecklenburg-Strelitz) verfügen übereinstimmend den vollständigen Untergang des Rechts. Eine Verschiedenheit zeigt sich unter ihnen nur darin, dass einige (wie z. B. das Hanoversche Verjährungsgesetz v. 22. September 1850, das Gesetz für Schwarzburg-Rudolstadt v. 3. März 1854 u. a.) die Compensation mit verjährten Forderungen überhaupt ausschliessen, während andere (wie z. B. die Oldenburgische Verordnung vom 26. Juli 1841, das Hessische Gesetz vom 19. März 1853 u. a.) dieselbe für den Fall zulassen, dass die eingeklagte Forderung zu einer Zeit entstanden ist, in

welcher die Verjährung der Gegenforderung noch nicht vollendet ist. Wir haben uns oben aus mannigfachen Gründen für die zweite Ansicht ausgesprochen.

Für das österreichische Recht ist es kontrovers, ob der Klageverjährung die stärkere oder schwächere Wirkung zukommt. Noch in neuester Zeit haben sich Hasenöhl (Das österr. Obligationenrecht § 2 Note 21) und Grawein (a. a. O.) für letztere ausgesprochen, doch ist wohl nach richtiger Ansicht, wie sie schon von Savigny, Pachmann (Verjährung) und jetzt auch von Unger (System des österr. Privatrechts II S. 437) verteidigt wird, die stärkere Wirkung anzunehmen. So sagt

§ 1451 des österr. bürgerl. Gesetzb.:

Die Verjährung ist der Verlust eines Rechts, welches während der vom Gesetz bestimmten Zeit nicht ausgeübt ist.

§ 1479:

Alle Rechte gegen einen Dritten erlöschen in der Regel längstens durch einen dreissigjährigen Nichtgebrauch.

§ 1499:

Nach Verlauf der Verjährung kann der Verpflichtete die Löschung seiner in den öffentlichen Büchern eingetragenen Verbindlichkeit oder die Nichtigklärung des dem Berechtigten bisher zugestandenen Rechtes und der darüber ausgestellten Urkunden erwirken.

(Vgl. ferner noch §§ 933, 1111, 1480, 1486 eod.) Daneben wird aber auch von einem Verjähren der Klage und des Klagrechts gesprochen. Jedoch es ist nicht zu bezweifeln, dass dann unter Klagrecht die klagbare Forderung selbst zu verstehen ist.

Im übrigen finden sich mehrere Einzelbestimmungen, die mit unserer Ansicht von der Klageverjährung übereinstimmen, so

§ 1432:

Es können Zahlungen einer verjährten oder einer solchen Schuld, die nur aus Mangel der Förmlichkeiten ungiltig ist, oder zu deren Eintreibung das Gesetz bloß das Klagrecht versagt, ebensowenig zurückgefordert werden, als wenn jemand eine Zahlung leistet, von der er weiss, dass er sie nicht schuldig ist.

Ebenso dauert nach § 1483 das Faustpfandrecht fort, obgleich die Schuld, für die das Faustpfand bestellt wurde, bereits verjährt ist. Der § hat folgenden Wortlaut:

So lange der Gläubiger das Pfand in Händen hat, kann ihm die unterlassene Ausübung des Pfandrechts nicht eingewendet und das Pfandrecht nicht verjährt werden. Auch das Recht des Schuldners, sein Pfand einzulösen, bleibt unverjährt. Insofern aber die Forderung den Wert des Pfandes übersteigt, kann sie inzwischen durch Verjährung erlöschen.

Was die Compensation mit verjährten Forderungen anlangt, so enthält das österreichische Gesetzbuch darüber keine ausdrückliche Vorschrift. Jedoch hat die Praxis den Grundsatz herausgebildet, dass eine verjährte Forderung nicht im Compensationswege geltend gemacht werden kann, wenn die Gegenforderung erst nach Ablauf der Verjährung entstanden ist.

Auch das privatrechtliche Gesetzbuch für Zürich verordnet in Anerkennung der stärkeren Wirkung der Klageverjährung in

§ 1064:

Laufende d. h. solche Forderungen, für welche keine Pfandrechte bestehen, sei es, dass sie auf Vertrag

oder auf einem andern obligatorischen Rechtsgrund beruhen, werden durch Verjährung von 10 Jahren zerstört.

§ 1074:

Eine verjährte Forderung ist in dem Sinne zerstört, dass sie weder eingeklagt noch gegen später entstandene oder später kompensabel gewordene Forderungen zur Compensation gebraucht werden kann.

§ 1075:

Wird die verjährte Forderung von dem Schuldner bezahlt, so findet keine Rückforderung wegen bezahlter Nichtschuld statt, auch wenn der Schuldner sich über die Anwendung der Verjährung geirrt haben sollte.

§ 1217:

— — — Für eine verjährte Schuld findet keine Rückforderung statt.

Für das französische Recht wird die stärkere Wirkung der Klageverjährung von mancher Seite bestritten, doch scheint die Mehrzahl der neueren Schriftsteller für diese Ansicht einzutreten. Es bestimmt der Code civil in

art. 1234:

Les obligations s'éteignent par la prescription

und art. 2219:

La prescription est un moyen d'acquérir ou de se libérer par un certain laps de temps et sous les conditions déterminées par la loi.

Die Compensationseinrede ist nicht ausgeschlossen, wenn die eingeklagte Forderung schon vor Verjährung der Gegenforderung kompensabel gewesen ist, nach

art. 1290:

La compensation s'opère de plein droit par la force de la loi, même à l'insu des débiteurs; les deux dettes s'éteignent réciproquement à l'instant, où elles se trouvent exister à la fois, jusqu' à concurrence de leurs quotités respectives.

Nach art. 1235:

— — — La répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées

ist die Unzulässigkeit der Rückforderung einer bezahlten verjährten Schuld zu folgern.

Zum Schluss mögen wir noch einen Blick auf den neuen Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich werfen. Auch hier finden wir die stärkere Wirkung, aber nicht der „Klageverjährung“, sondern der „Anspruchsverjährung“ anerkannt. Wenn Lehmann (in Gutachten aus dem Anwaltstande II) sagt, dass die Lehre von der Anspruchsverjährung so vorzüglich gearbeitet sei, dass der Kritik nur wenig zu sagen bleibt, so dürfte dem doch nicht ganz beizustimmen sein, wenn auch alle Kritiker darüber einig zu sein scheinen, dass dieser Abschnitt zu den am besten gelungenen Teilen des Entwurfs gehört.

Zunächst müssen wir einen nach unserer Ansicht unberechtigten Vorwurf zurückweisen. Man hat nämlich vorgeworfen, dass in dem Entwurf, wie überhaupt, so auch auf dem Gebiete der „Anspruchsverjährung“ zu sehr die römische Doktrin vorherrsche. Um das Wesen der actio möglichst genau wiederzugeben, habe man den von Windscheid aufgestellten Begriff des „Anspruchs“ adoptiert und spreche daher überall von „Anspruchsverjährung“. Abgesehen von der wissenschaftlichen Konstruktion dieses Be-

griffs erscheint es uns nicht durchaus als Fehler, wenn der Entwurf die römische Grundlage gewahrt hat. Wohl ist zuzugeben, dass überall die Technik und Logik des römischen Rechts vorherrscht, jedoch muss das so sein, nachdem uns einmal durch die Reception des römischen Rechts dasselbe ganz und gar zu eigen geworden ist, nachdem sich die Rechtsentwicklung bei uns ganz und gar auf demselben aufgebaut hat. Für uns kann es aber entschieden nicht darauf ankommen, woher der eine oder der andere Rechtsatz rührt, ob er römischrechtlichen oder deutschrechtlichen Ursprungs ist. Wir haben ihn anzuerkennen, wenn er den Verhältnissen Rechnung trägt, wenn er in Uebereinstimmung ist mit dem Wesen der Sache. Aber in der That dürfte die Lehre von der Anspruchsverjährung nicht ganz ohne Mängel sein. Es gehört nicht in den Rahmen dieser Abhandlung, die Berechtigung oder Nichtberechtigung des Begriffs des „Anspruchs“ und der „Anspruchsverjährung“ zu erörtern, jedenfalls sind wir mit den meisten Kritikern des Entwurfs der Ansicht, dass der Begriff der „Anspruchsverjährung“ besser aufzugeben und an seine Stelle der bis dahin übliche der Klageverjährung zu setzen ist, schon aus dem Grunde, weil unser Rechtsbewusstsein zwar etwas von „Recht“ und „Klage“ weiss, aber nichts von „Anspruch“, welcher eine Art Mittelbegriff zwischen Recht und Klage sein soll, über welchen zudem unter den Juristen, die denselben angenommen haben, nicht einmal volles Einverständnis herrscht.

Was die einzelnen Bestimmungen des Entwurfs (§§ 182, 183, 281 nebst Motiv. I S. 342—344) über die Wirkung der Anspruchsverjährung anbetrifft, so stimmen sie mit unserem obigen Ergebnis überein bis auf die Compensation, die der Entwurf niemals zulässt, auch nicht für den Fall, dass die beiden zu kompensierenden Forderungen eine Zeitlang

koexistent waren. Die für diese Bestimmung angeführten Rechtfertigungsgründe (Motive I S. 343) können wir nicht für stichhaltig erachten und verweisen auf unsere früheren hierauf bezüglichen Ausführungen. Jedenfalls hätte auch der schon oben citirte Art. 911 des Handelsgesetzbuchs mitbestimmend sein sollen, für jenen Fall eine Ausnahme eintreten zu lassen, da man doch im gewöhnlichen bürgerlichen Leben nicht strenger verfahren darf als im Handelsverkehr.

Auch der letzte deutsche Juristentag vom September vorigen Jahres hat sich hier gegen den Entwurf erklärt und mit grosser Majorität den Antrag angenommen: Die Aufrechnung mit verjährten Forderungen ist zu gewähren, wenn zur Zeit des Eintritts der Möglichkeit der Aufrechnung die Verjährung noch nicht vollendet war.

Es entscheidet sich also in betreff unserer Controverse auch die Praxis und Gesetzgebung für die von uns verteidigte Ansicht für die stärkere Wirkung der Klageverjährung. Damit zeigt sich, welche von den beiden Theorien für die richtigere zu halten ist. Eine Wissenschaft, die wie die Jurisprudenz für die unmittelbaren Bedürfnisse des Lebens bestimmt ist, muss auch mit dem Leben im Einklang stehen.

Litteratur.

Schwächere Wirkung der Klageverjährung nehmen an:

Donellus, comment. de iur. civil. lib. XVI cap. 8 §§ 21, 22 u. lib.
XXII cap. 2 § 8.

Bachov, tract. de pignorib. lib. V cap. 3.

Averanius, interpret. lib. II c. 12 §§ 19, 20.

Franzke, comment. ad dig. lib. 13 t. 5 § 15.

S. v. Cocceji, ius civil. contr. lib. 44 tit. 3 qu. 1.

Hommel, rhaps. obs. 481.

Belloius de compens. (in Meerm. thes. t. IV).

Cappel diss. an compensatio obstat praescriptioni?

Claproth diss. de reb. merae facultat.

Koch diss. de praescr. restitut. in integr.

Ruff diss. de differentia praescrip.

Weber, Beiträge z. Lehr. v. Klag. u. Einred., u. Natürliche Ver-
bindlichkeit.

Dabelow, Verjährung II.

Thibaut, Besitz u. Verjährung. Später jedoch für die stärkere
Wirkung vgl. Pand. § 1019.

Glück, Erläuter. XIII, XV, XXXV.

Guyet, Arch. f. civil. Prax. XI.

Francke, civil. Abhandl. Nr. 2.

Rosshirt, Ztschrft. f. Civil- u. Criminalr. I.

Schmidt, Pfandrecht.

Mackelday, heut. röm. Recht I § 199.

Mühlenbruch, doctrina pand. III u. Lehrbuch § 481.

Unterholzner, Schuldverhältnisse I § 247.

Unterholzner-Schirmer, Verjährungslehre.

- Göschel, Vorl. über gem. Civilr. I § 154.
 Savigny, System V § 248—251 u. Obligationenrecht I. S. 96.
 Renaud, Arch. f. civil. Prax. XXIX.
 Schwing, eod. LVI.
 Puchta, Pand. § 92; Vorl. I.
 Koch, Recht der Forderungen II § 180.
 Keller, Pand. I § 88.
 Zrodowski, Verjährung.
 Grawein, Verjährung u. gesetzliche Befristung § 8.
 Sohm, Institut.
 Dernburg, Pand. I § 150 vgl. auch Pfandrecht II u. Compensation § 55.
 Gierke, Jahrb. f. Gesetzgebung, Verwalt. N. F. XII.

Stärkere Wirkung der Klageverjährung nehmen an:

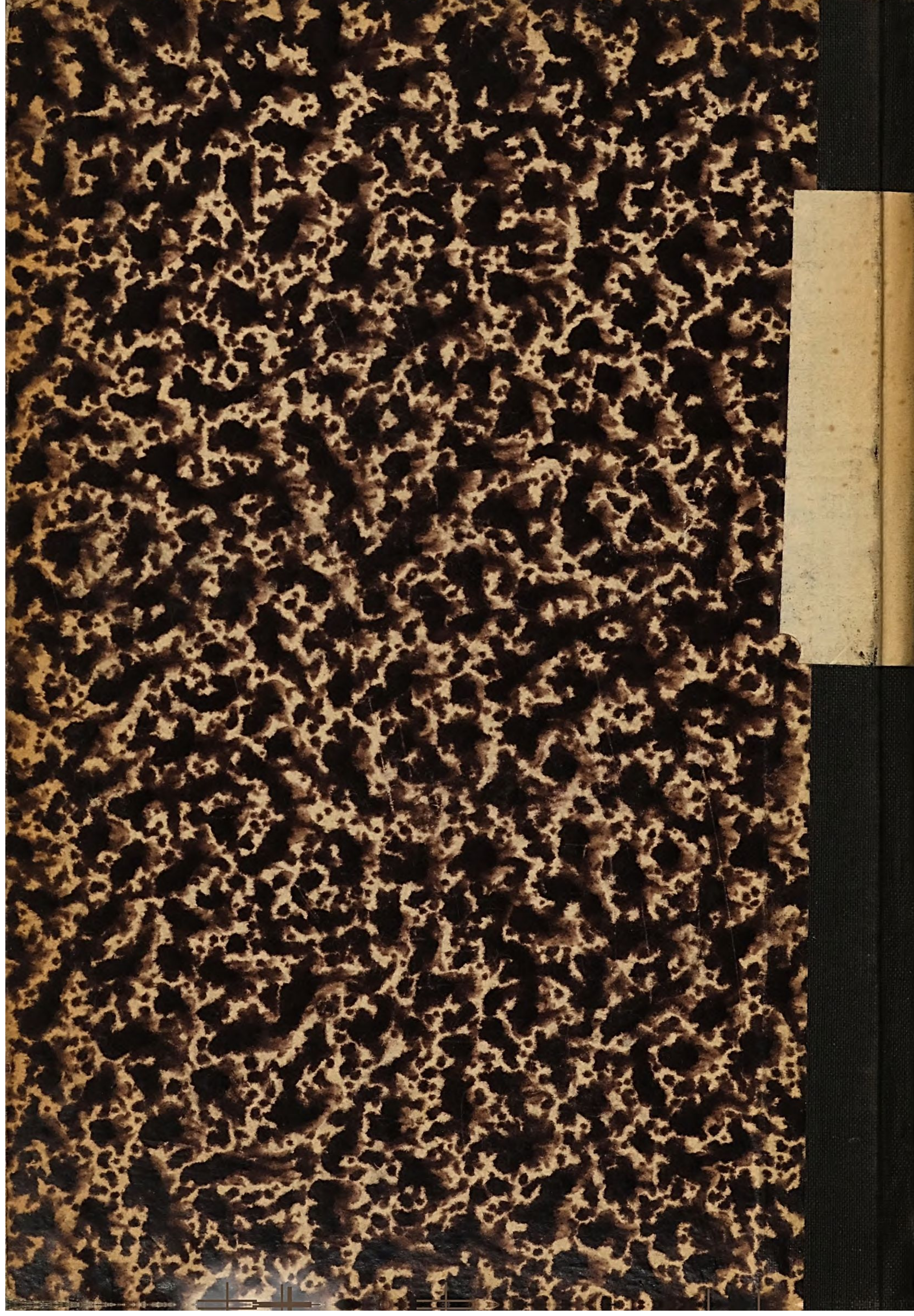
- Vasquius, illustr. contr. lib. II cap. 54.
 Titius, ius priv. Rom. Germ. lib. V cap. 13 § 37.
 Balbus, tract. de praescript. pag. 30—31.
 Lauterbach, colleg. theor-pract. lib. 44 tit. 3 § 19.
 Berger decis. 87.
 H. v. Cocceji diss. de vero debitore absoluto, in dessen exercit. curios. II disp. 44 sect. 2 § 23.
 Böhmer introd. in ius Dig. l. 44 tit. 3 § 1.
 Müller ad Struv. l. 12 tit. 6 thes. 33.
 Wernher lectiss. comment. l. XII t. 6 §§ 5, 15.
 Rave de praescr. §§ 126, 128.
 Hahn ad Wesenbec. lib. 12 tit. 6 n. 6.
 Leyser meditat. ad pand. III specim. 174 corollar.
 Voet, comment. ad pand. l. 44 t. 3 § 10.
 Mevius dec. VIII 486 no. 5.
 Sommer, rechtswissenschaft. Abhandl. I. 1.
 Wenig-Ingenheim, gem. Civilr. I § 50.
 Schweppe, röm. Privatr. I § 173.
 Löhr, Arch. f. civil. Praxis X.
 Heimbach, Ztschrft. f. Civilr. u. Prozess I.
 Vermehren, eod. II.

- Linde, Civilprozess § 156.
 Brinkmann, wissenschaftl. prakt. Rechtskunde I Nr. 30.
 Büchel, civilrechtl. Erörter. I.
 Buchholtz, juristisch. Abhandl. S. 390.
 Schilling, Institut. II § 116.
 Fritz, Erläuter. II S. 432 ff.
 Kierulff, Theorie d. gem. Civilr. I § 11.
 Wächter, Privatr. II § 119.
 Sintenis, prakt. gem. Civilr. I § 31, vgl. auch Jahrb. f. bürgerl.
 Prozess I Nr. 11 und Pfandrecht S. 579.
 Dahn, Wirkung der Klageverjährung.
 Vangerow, Pand. I § 151.
 Bekker, Jahrb. d. gem. deutsch. Rechts IV Nr. 14.
 Schwanert, Naturalobligat. § 22.
 Scheurl, Jahrb. f. Dogmatik VII.
 Arndts, Pand. §§ 111 u. 277.
 Unger, System II § 122.
 Windscheid, Pand. I § 112, vgl. auch Actio d. röm. Rechts
 S. 38 ff.
 Baron, Pand. § 91.

Mittelmeinung: bei älterer Klageverjährung
 stärkere, bei neuerer schwächere Wirkung:

- Fick, quid intersit, quoad vim temporis in ius exercit. inter except.
 temporis act. perpetuis opponendam et alias quas dicunt temporis
 praescriptiones.
 Demelius, Untersuch. aus röm. Civilr. I.
 Brinz, Pand. § 47.
 Schwalbach, Jahrb. f. Dogmatik XIX, XX.
-

233 2. *monophyllus*, a. b. c. d. e. f. g. h. i. j. k. l. m. n. o. p. q. r. s. t. u. v. w. x. y. z.



Brillat, Georg

Die Wirksamkeit der verjährten Forderungsrechte

Göttingen 1890

J.rom.m. 61 o

urn:nbn:de:bvb:12-bsb11637422-4